

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO E DA PESQUISA JURÍDICA: DECODIFICANDO O DNA DA FGV DIREITO RIO¹

PEDRO FORTES²

I. APRESENTAÇÃO

A palavra *instituição* possui dois significados correntes. Pode expressar a ideia de uma organização, como quando alguém se refere à Presidência da República, ao Senado Federal ou ao Ministério Público como uma instituição. Além disso, pode significar a existência de determinadas regras do jogo que são observadas, de maneira a pautar a atividade das pessoas.³ No caso particular da educação e da pesquisa jurídica, os dois sentidos são complementares, na medida em que o estabelecimento de uma organização de excelência no ensino e na pesquisa exige a implementação do modelo acadêmico, dos padrões de conduta pedagógica, de programas de internacionalização e de projetos de pesquisa de ponta. Noutras palavras, qualidade acadêmica exige investimento de tempo, recursos, pessoal e um projeto consistente de educação.

O presente dossiê sobre a institucionalização da educação e pesquisa jurídica investiga o tema através do estudo de caso da formação, desenvolvimento e consolidação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro. Os textos reunidos nessa coleção examinam como ocorreu a institucionalização da educação e da pesquisa jurídica na FGV Direito Rio. Em termos de recorte temporal, os textos foram produzidos no final da gestão do Professor Joaquim Falcão a frente da direção da Escola, servindo como material para a reflexão sobre sua gestão entre 2002 e 2017 como seu fundador e principal líder. Além disso, o dossiê serve também como um documento histórico sobre os desafios, limites e possibilidades para o desenvolvimento do projeto inovador de ensino e pesquisa jurídica no cenário do Brasil contemporâneo.

A publicação do dossiê na Revista de Estudos Institucionais (REI), editada pelo eminente Professor Carlos Bolonha e vinculada ao Programa de Pós-Graduação em

¹ O presente ensaio foi feito a partir da minha experiência como Professor da FGV DIREITO RIO por cerca de uma década, mas não corresponde a uma posição institucional da FGV.

² Professor Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pesquisador Associado ao Centre for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: pfortes@standfordalumni.org.

³ Veja, a respeito, Mariana Prado e Michael Trebilcock, *Advanced introduction to law and development*, Edward Elgar (2014).



Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ), possui o objetivo de ampliar o debate sobre a experiência institucional da FGV Direito Rio para a comunidade acadêmica brasileira em geral, aproveitando o seu efeito multiplicador, enorme alcance e audiência qualificada. Apesar de a FGV desde o seu início ter mantido a série Cadernos FGV Direito Rio⁴ - sobre ensino, pesquisa e profissão jurídica - a publicação desses ensaios na REI certamente terá repercussão exógena e difusão distribuída pela rede de instituições de ensino federais de excelência no país.

É importante ressaltar, ainda, que esse dossiê possui um elemento de retorno às origens, na medida em que o experimentalismo, a perspectiva crítica e a metodologia inovadora da FGV Direito Rio têm inspiração em F.C. San Tiago Dantas⁵ e em Roberto Mangabeira Unger⁶ - proeminentes ex-alunos da Faculdade Nacional de Direito (FND). Além disso, o próprio Joaquim Falcão foi Professor de Direito Constitucional na UFRJ entre 1984 e 2000, tendo sido pioneiro no método do estudo de caso, na formação de grupos de estudos e iniciativas pedagógicas inovadoras na FND que serviram de laboratório para a experiência da FGV Direito Rio. Não por acaso, alguns de seus ex-alunos na UFRJ foram convidados para integrar sua equipe e colaborar com a institucionalização da educação e pesquisa durante sua gestão na FGV, quando ele resolveu trocar o centro da cidade pela Praia de Botafogo.⁷ Depois de quinze anos, o legado do professor faz o caminho de volta, retornando através do presente dossiê para a FND através da REI.

O presente ensaio pretende proporcionar um panorama baseado na minha visão como um professor que foi contratado pela FGV Direito Rio em 2008 e acompanhou essa experiência como participante observador por cerca de uma década. Tive a oportunidade de lecionar para as primeiras seis turmas de alunos formados na graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro. Fui o professor responsável pela institucionalização da disciplina "Tutela Coletiva de Direitos" com a montagem do material didático próprio, definição dos casos, da bibliografia e do recorte temático do curso. Como pesquisador, obtive um dos primeiros grandes resultados da FGV Direito Rio, ao ser selecionado na competição internacional promovida pelas Universidades de Stanford e de Harvard para apresentar minha pesquisa empírica sobre tutela coletiva do consumidor no IV *International Junior Faculty Forum* na Faculdade de Direito de Harvard em 2011.⁸ Como professor e pesquisador, participei como sujeito

⁴ Veja <https://direitorio.fgv.br/publicacoes/cadernos-fgv-direito-rio> (checado em 03.02.19)

⁵ Francisco Clementino de San Tiago Dantas, A Educação Jurídica e a Crise Brasileira, em Educação Jurídica e Método de Caso, Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 3 (2009), 9-37, publicado originalmente na Revista Forense, n. 159, p. 453 (1955).

⁶ Roberto Mangabeira Unger, Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. em Projetos Para Um Novo Ensino Jurídico no Brasil. Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 1 (2005), 16-38.

⁷ Assim, por exemplo, seus monitores de Direito Constitucional da UFRJ, Alvaro Jorge e Tânia Rangel, egressos da FND, fizeram parte da equipe de professores na FGV DIREITO RIO. Da minha turma dos tempos de Moncorvo Filho, Rafael Alves de Almeida, Marcia Barroso e eu também fomos trabalhar com o Joaquim na Praia de Botafogo.

⁸ Veja, a respeito, <https://today.law.harvard.edu/hls-and-stanford-law-host-fourth-annual-international-junior-faculty-forum/> (checado em 03.02.19).



ativo do processo de institucionalização da Escola, mas também como observador privilegiado. Minha análise é baseada também nessa observação retrospectiva.⁹

O presente ensaio é dividido em quatro partes. Além dessa introdução, a segunda seção explica as origens históricas de projetos inspiradores para a reforma da educação e pesquisa jurídica formulada pela FGV, a saber, a aula magna de San Tiago Dantas na Faculdade Nacional de Direito em 1955, o programa de Pós-Graduação do CEPED ministrado na própria FGV entre 1967 e 1972, bem como o próprio projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro e o memorando em resposta a uma consulta feita ao Professor Roberto Mangabeira Unger. A terceira seção reflete sobre a institucionalização da educação e da pesquisa jurídica a partir da experiência consolidada da FGV Direito Rio com seu experimentalismo, espírito crítico, interdisciplinaridade, internacionalização e produção de pesquisa qualitativa e quantitativa. A quarta seção apresenta as considerações finais, os desafios de uma renovação constante, caracterizada por mudanças curriculares, rotatividade dos professores e enfrentamento dos novos desafios.

II. O PONTO DE PARTIDA: A FORMAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO

O ponto de partida para a compreensão desse novo modelo é a experiência do Centro de Estudo e Pesquisa no Ensino do Direito (CEPED), um curso realizado entre 1967 e 1972 para jovens advogados e professores de direito.¹⁰ Conforme a contextualização precisa de Alfredo Lamy Filho, o programa foi desenvolvido como parte do processo de conscientização das instituições de ensino sobre a necessidade de resgate da liderança social do jurista, cuja contribuição criadora e crítica é indispensável para o "processo de desenvolvimento e transformação das instituições econômicas, sociais e políticas do país".¹¹ Fruto de uma parceria institucional entre Universidade do Estado da Guanabara, FGV e USAID, o CEPED foi coordenado pelo Professor Caio Tácito, mas teve colaboração decisiva do Professor Henry Steiner, da Universidade de Harvard, e de David Trubek, então na Universidade de Yale.¹² O curso foi montado como uma pós-graduação integrada de direito empresarial, direito público, direito financeiro, economia e contabilidade - com análise das instituições econômicas, estudo de seu potencial aperfeiçoamento, foco nos problemas da empresa e perspectiva interdisciplinar.¹³

Em termos de metodologia de ensino, o CEPED adotou de maneira sistemática um regime de disposição antecipada do conteúdo, método participativo, valorização de

⁹ Sobre a observação retrospectiva, veja Pedro Fortes, *How Socio-Legal Norms Emerge Within Complex Networks: Law and (In)formality at Ipanema Beach*, *FIU Law Review*, vol. 10, n. 1, p. 183 (2014).

¹⁰ Veja, a respeito, Alfredo Lamy Filho, *A Crise do Ensino Jurídico e a Experiência do CEPED*. Edição Especial. Série Cadernos FGV DIREITO RIO; Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (org.), *Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora FGV (2012).

¹¹ Alfredo Lamy Filho, *A Crise do Ensino Jurídico e a Experiência do CEPED*. Edição Especial. Série Cadernos FGV DIREITO RIO, página 5.

¹² *Idem*, p. 11-12.

¹³ *Idem*, p. 12-13.



seminários, análise de casos e de projetos, bem como avaliação baseada em problemas interdisciplinares de uma empresa.¹⁴ Em 1972, Alfredo Lamy Filho já considerava que o CEPED tivera enorme impacto na formação de seus alunos, que disseminavam os efeitos de sua visão renovada do direito nas universidades, escritórios de advocacia, bem como na administração pública e privada.¹⁵ Na sua conclusão de seu balanço sobre a experiência do CEPED, o professor asseverou à época que: "os frutos que já produziu - tantos e tão grandes - só podem ser explicados pela avidez do terreno em que a boa semente foi plantada: sem dúvida, é hora de reformular-se o ensino do direito".¹⁶

Não há dúvida de que a FGV Direito Rio é um fruto dessa semente do CEPED. Em seu texto sobre o legado do CEPED, o professor Gabriel Lacerda confirma a forte influência que o programa teve por ocasião da organização dos cursos de graduação em direito na FGV no Rio de Janeiro e em São Paulo, quando ideias originais do CEPED "voltaram a ser discutidas e, em grande parte, foram incorporadas".¹⁷ Assim, por exemplo, antes do início do ano letivo, todos os professores têm que planejar todo o curso, selecionando os temas, os casos concretos, as leis, decisões judiciais e questões relevantes - sendo que o material didático de todas as disciplinas é disponibilizado no início do ano letivo no site da FGV Direito Rio.¹⁸ A dedicação dos professores com o curso é correspondida por uma preparação especial também do próprio corpo docente, que tendo à sua disposição o conteúdo antecipado das aulas, possui total condição de se preparar para os debates típicos da metodologia participativa, estudando os casos, analisando a legislação, doutrina e jurisprudência, bem como realizando as leituras obrigatórias e mesmo complementares antes do início da aula.

A metodologia participativa exige maior preparação¹⁹ e também torna a aula mais produtiva - na medida em que não se trata mais de uma aula-conferência em que o professor transmite o conteúdo livresco aos alunos,²⁰ mas de uma discussão qualificada sobre o tema já estudado e de conhecimento prévio de todos os

¹⁴ Idem, p. 13-14.

¹⁵ Idem, p. 14-15.

¹⁶ Idem, p. 15.

¹⁷ Gabriel Lacerda, CEPED - Um Debate Que Dura Há Quase Meio Século, em Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (orgs), *Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO (2012), p. 13-14.

¹⁸ Veja, por exemplo, o material didático de todo o ano letivo de 2014 disponibilizado no site para todos: <https://direitorio.fgv.br/graduacao/material-didatico/2014.1> (checado em 03.02.19).

¹⁹ Gabriel Lacerda, CEPED - Um Debate Que Dura Há Quase Meio Século, em Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (orgs), *Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO (2012), p. 34.

²⁰ A crítica de Joaquim Falcão à aula conferência por conta da necessária passividade dos alunos merece ser reproduzida aqui: "A aula expositiva não se caracteriza pelo fato de um estar destinado sempre a falar e outro sempre a ouvir. Este é apenas o seu aspecto fotográfico, mas revelador de verdade profunda. A natureza da aula expositiva reside no fato de um interlocutor estar destinado a falar/conhecer sempre e o outro a ouvir/desconhecer sempre". Idem, p. 36.

participantes da discussão.²¹ A disposição antecipada de conteúdo é um exemplo de institucionalização da educação jurídica que poderia ser reproduzida por outras Faculdades de Direito. Ao definir a regra de que os professores têm que disponibilizar todo o material didático previamente, a FGV Direito Rio acaba exigindo preparação qualificada de todos, aumentando exponencialmente a qualidade da experiência de sala de aula.²²

Importante, a base conceitual do CEPED na sua tentativa de promover a transformação do ensino jurídico como parte do processo de promoção do desenvolvimento sócio-econômico brasileiro também é um dos pilares da formação da FGV Direito Rio. O texto seminal de San Tiago Dantas sobre a educação jurídica e a crise brasileira que tinha sido adotado como referência tanto pela equipe de professores do CEPED em 1967²³ também serviu de base à equipe da FGV Direito Rio para a institucionalização de uma educação jurídica transformadora no século XXI.²⁴ Na sua aula inaugural do ano letivo de 1955 na FND, San Tiago Dantas alertou para a incapacidade da classe dirigente brasileira "de manter a vida social sob a disciplina de normas éticas e jurídicas eficazes, que mantenham as atividades do grupo subordinadas aos ideais da sua cultura, conciliando justiça e eficiência, e impregnando de seus critérios éticos todas as formas de exercício da autoridade".²⁵

Na visão do eminente jurista, a perda da capacidade da elite de resolver os grandes problemas da realidade brasileira instaura uma fratura política e um clima de demagogia.²⁶ Neste contexto, a universidade brasileira tem uma parcela de culpa por esse colapso de liderança, na medida em que "sua tendência institucional, em toda parte, tem sido para fazer dos conhecimentos, que transmitem, um corpo estanque, desligando-se das bases existenciais que animam e vivificam esses conhecimentos, e que os unem ao destino histórico da própria sociedade".²⁷ Para ele, a solução da crise brasileira passava justamente pela institucionalização da educação jurídica, que "formará juristas para as tarefas da vida social".²⁸ A busca por uma nova didática

²¹ Roy Stuckey e outros, *Melhores Práticas para Métodos de Ensino Não-Experimentais, em Educação Jurídica e Método de Caso, Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 3 (2009)*, p. 81-122.

²² Em relatório sobre o CEPED para a Fundação Ford, datado de 22 de março de 1967, David Trubek e Peter Bell descrevem como grande mudança o fato de que, "talvez pela primeira vez na história do Brasil, os estudantes de direito agora estão se preparando para as aulas em uma base regular, discutindo problemas concretos legais e negociais, estudando e discutindo casos e aprendendo alguma coisa sobre o pano de fundo econômico e financeiro de questões legais". Gabriel Lacerda, CEPED - Um Debate Que Dura Há Quase Meio Século, em Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (orgs), *Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO (2012), páginas 13-14. Ora, essa iniciativa do CEPED se tornou uma regra do jogo institucionalizada e consolidada na FGV DIREITO RIO cinco décadas depois e deveria, a princípio, ser reproduzida pelas Faculdades de Direito pelo Brasil afora pelo seu grande potencial transformador da experiência de ensino.

²³ *Idem*, p. 13-14.

²⁴ Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira, em Educação Jurídica e Método de Caso, Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 3 (2009)*, 9-37, publicado originalmente na *Revista Forense*, n. 159, p. 453 (1955).

²⁵ *Idem*, p. 12.

²⁶ *Idem*, p. 13.

²⁷ *Idem*, p. 14.

²⁸ *Idem*, p. 17.



deveria ter enfoque na solução de controvérsias, no método participativo com o estudo de casos e a análise das instituições sob uma perspectiva interdisciplinar.²⁹ Além disso, San Tiago Dantas defende a formação de currículos mais flexíveis e ao mesmo tempo mais especializados.³⁰ Em sua conclusão, San Tiago Dantas convoca os juristas a recuperar o poder criador necessário ao desenvolvimento brasileiro através do renascimento da educação jurídica e do resgate do direito como técnica de controle da vida social.³¹

Não por acaso, a equipe de professores do CEPED adotou a aula inaugural de San Tiago Dantas como referência. A ideia de criação do curso surgiu a partir da identificação de uma carência de juristas brasileiros com uma formação pragmática, criativa e capacitados para solucionar questões jurídicas complexas que obstaculizavam o desenvolvimento brasileiro.³² Dentro do contexto político, existia a necessidade de uma reforma institucional para a promoção do progresso e a reforma do direito enquanto instituição passava naturalmente pela reforma da educação jurídica.³³ Contudo, o projeto de reforma do CEPED enfrentou resistências políticas internas na academia tradicional e externas no governo militar por conta de seu potencial emancipatório e de quebra das hierarquias de poder do *status quo*. Posteriormente, no século XXI, contudo, tais ideias viriam a ser novamente revisitadas, tendo sido adotadas com revisões destiladas pelo tempo nas duas escolas de direito da FGV.³⁴

O projeto da FGV Direito Rio, por exemplo, se referiu expressamente à experiência pioneira do CEPED,³⁵ bem como a necessidade de suprir uma carência "de instituições que voltem a pensar o Brasil no longo prazo"³⁶ e da formação de novos líderes da profissão jurídica brasileira.³⁷ Em termos de metodologia pedagógica, o projeto é voltado para a solução jurídica adequada a problemas com foco em análises

²⁹ Idem, p. 18-19.

³⁰ Idem, p. 22-25.

³¹ Consoante a feliz conclusão do ensaio de San Tiago Dantas, "Precisamos restituir à sociedade brasileira o poder criador que vem faltando às suas classes dirigentes e que nos está conduzindo, através de problemas irresolvidos e dificuldades angustiosas, a um processo de secessão social, típico dos momentos de declínio. A contribuição que nós, juristas, podemos dar a esse esforço restaurador é o renascimento do Direito como técnica de controle da vida social, e esse renascimento só podemos promover através da educação jurídica, vivificando-a, inculcando-lhe objetivos novos, restaurando-a em suas finalidades perenes, e conduzindo, através dela, o Direito à posição suprema que tem perdido entre as técnicas sociais." Idem, p. 26.

³² Gabriel Lacerda, CEPED - Um Debate Que Dura Há Quase Meio Século, em Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (orgs), *Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO (2012), p. 7-10.

³³ Idem, p. 8.

³⁴ Idem, p. 64.

³⁵ Caio Farah Rodriguez e Joaquim Falcão, *O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro do FGV, em Projetos Para Um Novo Ensino Jurídico no Brasil*. Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 1 (2005), p. 7.

³⁶ Idem, p. 6.

³⁷ Idem, p. 6.



inovadoras e eventualmente no desenvolvimento de novas instituições jurídicas.³⁸ Assim, o desenvolvimento da proposta pedagógica da FGV Direito Rio é pautado nas estratégias de problematização e de interdisciplinaridade.³⁹ Nesse cenário, entendimentos estabelecidos não são naturalizados, o engajamento de alunos deve ser estimulado através de problemas geradores e de questões concretas e capacidades analíticas e práticas devem ser desenvolvidas para a resolução de problemas.⁴⁰ A premissa básica é de questões jurídicas complexas possuem uma pluralidade de soluções possíveis e os termos do problema podem ser reescritos.⁴¹

Em paralelo ao projeto, foi feita uma consulta a Roberto Mangabeira Unger sobre como deveria ser a organização e o projeto de uma nova Faculdade de Direito no Brasil. Em seu memorando explicativo, o Professor da Universidade de Harvard se refere, citando Hegel e Herder, às possibilidades de se valer do direito para a organização da vida social brasileira em instituições.⁴² Com o colapso do comunismo, a imaginação institucional parece ter se reduzido, quando o repertório de instituições poderia ser ampliado, desde que tenhamos a capacidade de compreender o mundo de maneira crítica para mudá-lo e acrescentar novas possibilidades institucionais.⁴³ Em suas palavras, "os grupos de instituições e ideias institucionais que organizam cada possibilidade estabelecida nesse repertório ajudam a entender as especificidades do direito de cada país".⁴⁴ Em termos de metodologia, a sua recomendação remete novamente a necessidade de os juristas recuperarem o seu papel de liderança na vida nacional, por conta da necessidade de se aprofundar o império do direito no país através do combate à impunidade, ao clientelismo e a todas as formas de opressão e de exclusão social.⁴⁵ Além disso, "o Brasil precisa poder repensar e refazer suas instituições", de maneira a que o pensamento jurídico se transforme numa prática de imaginação institucional.⁴⁶ A defesa de uma análise jurídica com foco na experimentação institucional não surpreende, na medida em que é tema central da produção acadêmica do próprio Roberto Mangabeira Unger.⁴⁷

Em síntese, o ponto de partida da FGV Direito Rio é a formação de uma nova geração de profissionais do direito capacitados para colaborar com a promoção do desenvolvimento sócio-econômico brasileiro. Do ponto de vista histórico, existe um resgate das ideias do CEPED sobre a premissa de que a reforma da profissão jurídica teria um efeito positivo sobre o direito e, por consequência, sobre o progresso do país.

³⁸ Idem, p. 10.

³⁹ Idem, p. 11.

⁴⁰ Idem, p. 11.

⁴¹ Idem, p. 12.

⁴² Roberto Mangabeira Unger, *Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil*. em *Projetos Para Um Novo Ensino Jurídico no Brasil*. Série Cadernos FGV DIREITO RIO, volume 1 (2005), p. 20.

⁴³ Idem, p. 20-21.

⁴⁴ Idem, p. 21.

⁴⁵ Idem, p. 21.

⁴⁶ Idem, p. 22.

⁴⁷ Veja, por todos, Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso (1996); Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press (1987).



Essa premissa teórica é proveniente de uma tese clássica do pai da sociologia, Max Weber, no sentido de que a racionalidade do direito facilita o progresso econômico.⁴⁸ Esse *insight* weberiano foi muito influente para a primeira geração do movimento *Law and Development*, tendo estimulado não apenas o curso do CEPED na FGV no Rio de Janeiro, mas também programas semelhantes em outros países da América Latina.⁴⁹ Aliás, além das Escolas de Direito do Rio de Janeiro e de São Paulo, noutros países latino-americanos também foram organizadas faculdades de direito com projeto análogo de institucionalização da educação e pesquisa jurídica para a promoção do desenvolvimento - Torcuato di Tella, em Buenos Aires; Instituto Tecnológico Autónomo do México (ITAM), na Cidade do México; Universidad Los Andes, em Bogotá. A próxima seção reflete sobre o caso da FGV Direito Rio.

III. DECODIFICANDO O DNA DA FGV DIREITO RIO

O estudo de caso da FGV Direito Rio exige a análise sobre como ocorreu a institucionalização da educação e da pesquisa jurídica na FGV Direito Rio entre 2002 e 2017. A resposta a essa questão pode ser feita a partir da análise dos temas discutidos nos artigos do dossiê. Em primeiro lugar, a Escola de Direito do Rio de Janeiro sempre procura manter um espírito crítico, de experimentalismo contínuo e reflexão recursiva. Um exemplo pródigo disso foi o último curso ministrado pelo Professor Joaquim Falcão enquanto era o diretor. O curso foi dividido com um aluno da graduação, Pedro Delfino.⁵⁰ O fato de um Diretor resolver dividir uma disciplina com um aluno da

⁴⁸ Veja, a respeito, David Trubek, Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*, 720 (1972); Lawrence Friedman, On Legalistic Reasoning - A Footnote to Weber. *Wisconsin Law Review*, 14 (1966); Max Weber, *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. University of California Press (1978).

⁴⁹ Veja, a respeito, Pedro Fortes, An Agenda for Latin American Law and Development, in Rachel Sieder, Karina Ansolabehere, and Tatiana Alfonso (org.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, London: Routledge (2019); Yves Dezalay and Bryant Garth. *The internationalization of palace wars: Lawyer, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago/London: Universidad de Chicago Press (2002); David Trubek & Alvaro Santos (2006). The third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice, in David Trubek & Alvaro Santos (Eds.), *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge University Press (2006); John Merryman, Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program. *The American Journal of Comparative Law*, 48(3), 481-499 (2000); John Merryman, Law and development memoirs II: slade. *The American Journal of Comparative Law*, 48(4), 713-727 (2000); John Merryman, Legal education there and here: A comparison. *Stan L. Rev.*, 27, 859 (1974); Pierre Legrand, John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue. *The American Journal of Comparative Law*, 47(1), 3-66 (1999).

⁵⁰ Pedro Delfino tinha trocado a graduação em direito na UFMG pela FGV e é um entusiasta da proposta inovadora, da metodologia participativa e da perspectiva interdisciplinar. Graduando-se em direito e

graduação evidencia a seriedade com que a Escola Direito Rio acredita na metodologia participativa, na aula dialogada e no potencial emancipatório da educação jurídica. Esse episódio deixa claro que a mensagem de que alunos também podem ensinar não é uma proposta vazia, mas uma *regra do jogo* dentro da Escola de Direito do Rio de Janeiro.

Além disso, a estrutura do programa também é muito reveladora. O curso foi denominado *FGV DIREITO RIO: Um Projeto Em Construção* e tinha como objetivo estabelecer um espaço de experimentalismo institucional para uma análise crítica da própria instituição de ensino.⁵¹ Assim, quinze alunos foram convidados a refletir sobre o que poderia ser transformado, sendo estimulados a se colocar na posição de Diretor, Coordenador ou Professor para propor um arranjo institucional diferente para a solução de um problema concreto dentro da FGV. Logo, os alunos tiveram a oportunidade de exercitar o papel de arquitetos institucionais da sua própria instituição. O destinatário da reflexão crítica seria o Diretor da Escola que teria a possibilidade de eventualmente concordar com a proposta do aluno e alterar a organização e as *regras do jogo*. Ao final do curso, os alunos tinham que fazer um projeto de mudança institucional e uma apresentação para uma banca examinadora.⁵²

A análise crítica contínua pode ser exemplificada pela iniciativa de contratar o Professor Henry Steiner para fazer uma avaliação da FGV Direito Rio no ano de 2010. O professor da Harvard Law School tinha lecionado no CEPED, conhecendo particularmente bem os textos clássicos de San Tiago Dantas, os objetivos institucionais de formação acadêmica de novos líderes e os desafios de transformação da educação jurídica e da pesquisa no Brasil.⁵³ Em sua avaliação da pedagogia acadêmica, ele percebeu um esforço genuíno dos professores e dos alunos em adotar o método participativo, com diálogo, interação e troca de ideias e informação que proporciona uma experiência menos hierárquica e com estímulo a argumentação e ao debate.⁵⁴ Além disso, em sua visita presencial para avaliar a Escola, ele pôde perceber maior interdisciplinaridade e abertura para a discussão ampla de problemas

matemática aplicada, Pedro Delfino tem um enorme interesse pela interseção entre direito e tecnologia, tendo sido premiado como autor do Trabalho de Conclusão de Curso mais inovador de 2018: "Construindo o Primeiro Algoritmo Aprovado no Exame da OAB". Pedro Delfino, Construindo o Primeiro Algoritmo Aprovado no Exame da OAB", Trabalho de Conclusão de Curso depositado na Biblioteca da FGV, Rio de Janeiro (2018).

⁵¹ Joaquim Falcão e Pedro Delfino, Experimentalismo e Análise Institucional do Curso *FGV DIREITO RIO: Um Projeto Em Construção*, Revista de Estudos Institucionais, volume 5, n. 1 (2019).

⁵² Entre os melhores projetos, estava um texto crítico sobre a avaliação através da prova escrita e que sugeriu a criação de uma via alternativa de projeto de *paper* com foco no desenvolvimento de pesquisas. Outro projeto continha a proposta de estabelecimento de um *Laboratório de Políticas Públicas*, com o objetivo de colaborar com a análise da atuação do poder pública na consecução de seus objetivos. Após o curso, o laboratório foi fundado e teve como primeiro de seus clientes a *Agetransp*, atuando em uma agência reguladora cuja atuação pode contribuir para a melhoria da qualidade do transporte público para milhões de pessoas.

⁵³ Henry J. Steiner, Evaluation of FGV Direito Rio de Janeiro, April 2010, Manuscrito entregue a direção da Escola Direito Rio e tornado público pelo Diretor, Joaquim Falcão, como parte do material didático da disciplina *FGV DIREITO RIO: Um Projeto Em Construção* no ano de 2015, p. 1-5.

⁵⁴ Idem, p. 6-7.



brasileiros.⁵⁵ Em termos de experiência, como as vozes dos alunos contam, existe um processo de emancipação dos alunos encorajados a pensar por si mesmos, expressar diferentes opiniões em sala de aula e a fundamentar seus pontos de vista - em última instância, ampliando o caráter participativo e democratizando a experiência pedagógica.⁵⁶

O olhar clínico de avaliador crítico do professor Henry Steiner também identificou oportunidades para melhoria da qualidade. Primeiro, após assistir seis aulas obrigatórias nos cursos do primeiro e do segundo ano da graduação, constatou que as aulas variavam em qualidade, sendo algumas excelentes/boas e outras aceitáveis do ponto de vista do projeto pedagógico da FGV Direito Rio.⁵⁷ A análise do conjunto, contudo, deixou o professor impressionado com o quanto foi alcançado diante da juventude da Escola e do quão ambiciosa é a proposta.⁵⁸ Ainda assim, a condução do método participativo poderia ser aperfeiçoada com o emprego melhor da técnica de estímulo ao debate.⁵⁹ Com a experiência de ter sido o Diretor Fundador do centro de Direitos Humanos de Harvard, Henry Steiner também avaliou os centros de pesquisa da FGV Direito Rio, com destaque para o Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) e para o Centro de Direito e Meio Ambiente (CDMA) - então reconhecidos internacionalmente pela qualidade de suas pesquisas e pelo rico intercâmbio com o Centro Berkman Klein para Internet e Sociedade e com a Faculdade de Direito da Universidade de Pace, em Nova Iorque respectivamente.⁶⁰ Além disso, ele identificou também pontos sensíveis do ponto de vista da política interna da FGV Direito Rio, notadamente uma governança centralizada em que os professores não possuem estabilidade de cátedra ("*tenure*" conforme a terminologia estadunidense)⁶¹ e nem mecanismos institucionalizados de exercer seu voto em colegiado sobre os rumos da Escola.⁶² Outra questão política relevante foi a ausência no currículo de temas relacionados a desigualdades tipicamente brasileiras, tal como a desigualdade econômica, de gênero e racial.⁶³ Além de não ter sido identificado no currículo, o professor considerava importante o estímulo a uma presença maior de professores e alunos integrantes dos grupos tradicionalmente minoritários e excluídos na sociedade

⁵⁵ Idem, p. 7-8.

⁵⁶ Idem, p. 8-9.

⁵⁷ Idem, p. 9.

⁵⁸ Idem, p. 9.

⁵⁹ Idem, p. 10-11. As seguintes observações são extremamente importantes para o aperfeiçoamento da técnica de condução do método participativo: questões devem ser preferencialmente dirigidas a um aluno em particular ao invés da turma toda; falta de sequência e de encadeamento do debate a partir das opiniões contrapostas apresentadas pelos alunos (*follow-up*); falta de perguntas mais complexas e abertas que exigem a construção de um raciocínio mais elaborado e imaginativo; priorização de perguntas fechadas com a expectativa de que o aluno apresente a resposta correta conforme a leitura, dando a impressão de ser uma estratégia de verificação de que a leitura prévia foi feita.

⁶⁰ Idem, p. 13-17.

⁶¹ Idem, p. 24-26.

⁶² Idem, p. 20-24.

⁶³ Idem, p. 27-29.

brasileira.⁶⁴ Finalmente, Henry Steiner considerara necessário implementar programas específicos para disseminar o modelo da FGV Direito Rio pelo país, caso o projeto pedagógico tivesse, de fato, a ambição de propor uma alternativa institucional ao ensino jurídico tradicional.⁶⁵

O senso da missão de promoção do desenvolvimento sócio-econômico permeia não apenas a graduação em direito da FGV, mas também seu mestrado em direito da regulação.⁶⁶ Aliás, o ponto de partida histórico da instituição foi a criação pelo governo do Departamento de Administração e Serviço Público – DASP para colaborar com a modernização do país sob a Presidência de Getúlio Vargas em 1938. As referências históricas são relevantes na medida em que o mestrado visa colaborar com o desenvolvimento a partir do estudo, ensino e pesquisa sobre o exercício das atividades regulatórias. Seu projeto é internacional e interdisciplinar, tendo conexão firme com instituições estrangeiras e, no âmbito da própria FGV, com os Centros de Pesquisa da própria Escola. As linhas de pesquisa abrangem *Instituições, Economia e Justiça e Governança, Tecnologia e Sustentabilidade*, estando o programa inserido na *REDISCURSUS - Rede de Pesquisa em Direito, Instituições e Desenvolvimento*.

Quanto à internacionalização da FGV Direito Rio, a seu turno, também decorre de um projeto institucional com estratégias de fomento ao intercâmbio, oferta de aulas em inglês, as bolsas internacionais “*Fellows in Rio*”, cursos internacionais e participação em *moot courts*.⁶⁷ Com o objetivo de facilitar a proficiência dos alunos em língua estrangeira, a Escola oferece a oportunidade a seus alunos de cursos de idiomas como atividade complementar. Além disso, aulas em língua estrangeira são regulares na grade curricular com oferta de cinco cursos diferentes a cada semestre, o que amplia o interesse de alunos estrangeiros e as oportunidades internacionais dos alunos brasileiros. Um dos cursos ministrados em língua estrangeira foi o denominado *Favelas: Law, Marginalization, and Development*, conduzido por Pedro Cantisano em colaboração com o Professor Daniel Vargas.⁶⁸ O curso também possui o DNA institucional da FGV com o foco em problemas concretos da realidade brasileira, uma perspectiva interdisciplinar e internacionalização através do idioma, do material didático e da abordagem do assunto. É importante ressaltar que o professor Pedro Cantisano ingressou na FGV Direito Rio através do Programa *Fellows in Rio*, o que evidencia a efetividade do projeto de bolsas internacionais. Além disso, a internacionalização de uma Faculdade de Direito passa atualmente pela preparação e participação dos alunos para os *Moot Courts* internacionais. Sob o ponto de vista da

⁶⁴ Idem, p. 32-34.

⁶⁵ Idem, p. 37-39.

⁶⁶ Veja a respeito Sérgio Guerra, Refletindo sobre o Ensino Jurídico no Mestrado de Direito da Regulação, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁶⁷ Eduardo Jordão e Anna Joppert, Refletindo sobre a Internacionalização da FGV Direito Rio: O Período entre 2014 e 2017, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁶⁸ Pedro Cantisano, O curso “*Favelas: Law, Marginalization, and Development*” – um experimento pedagógico, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).



institucionalização da educação jurídica, é importante que se desenvolva uma cultura de valorização das competições de julgamentos simulados.⁶⁹

Aliás, se o CEPED não conseguiu ser bem sucedido em termos de pesquisa, a FGV Direito Rio possui bons resultados em termos de pesquisa empírica e interdisciplinar. Um exemplo pródigo são as pesquisas quantitativas realizadas com base em análises estatísticas de tribunais, tal como o *Supremo em Números*.⁷⁰ Além dos relatórios produzidos regularmente, existe a possibilidade de uso de tecnologia de dados para a análise do *Big Data*, tal como no caso das pesquisas sobre *Habeas Corpus* nos Tribunais conduzidas brilhantemente pelo Professor Thiago Bottino.⁷¹ Além disso, outro elemento importante para a institucionalização da pesquisa é a elaboração de agendas temáticas como a preparada pelo Professor Carlos Ragazzo para pesquisar a livre concorrência.⁷² Também com o DNA da FGV Direito Rio, a agenda pretende estudar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica a partir de uma dinâmica de relações de poder, estudar questões interdisciplinares de análise econômica do direito e a concorrência econômica na nova economia digital. Além disso, o DNA FGV também está presente nas pesquisas baseadas em entrevistas longas e em elaborada história oral relativa a instituições jurídicas brasileiras, tal como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷³ e o Supremo Tribunal Federal (STF).⁷⁴ Finalmente, a institucionalização da pesquisa empírica pela FGV Direito Rio teve reconhecimento internacional a partir a seleção para o *IV International Junior Faculty Forum*, em 2011, organizado pelas Faculdades de Direito de Harvard e de Stanford, do artigo *O Fenômeno da Ilicitude Lucrativa*, publicado pela primeira vez em português nesse número da REI.⁷⁵

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS: RENOVAÇÃO CONTÍNUA

A institucionalização da educação e da pesquisa jurídica é um processo contínuo em constante construção. Existem origens históricas, fontes de inspiração, projetos e uma sucessão de experiências dignas de registro. No caso da Escola de Direito do Rio de Janeiro, a memória afetiva do CEPED é parte decisiva da sua história, sendo que as

⁶⁹ Adriana Lacombe Coiro, A preparação de alunos para *Moot Courts*: a criação de uma cultura de valorização às competições de julgamentos simulados e seus benefícios, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁷⁰ <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/> (chechado em 10.02.2019).

⁷¹ Thiago Bottino, Pesquisando Habeas Corpus nos Tribunais, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁷² Carlos Ragazzo, Pesquisando a Livre Concorrência, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁷³ Pedro Fortes (2015), How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: the Brazilian National Council of Justice and 'justice in numbers', *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47:1, 39-55.

⁷⁴ Pedro Cantisano, O Projeto "História Oral do Supremo" da FGV Direito Rio, *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).

⁷⁵ Pedro Fortes, O Fenômeno da "Ilicitude Lucrativa", *Revista de Estudos Institucionais*, volume 5, n. 1 (2019).



ideias fundamentais daquele projeto estabeleceram as regras do jogo institucional para sala de aula, reflexão crítica, método participativo e desenvolvimento de sua internacionalização. Não por acaso a longa relação entre Joaquim Falcão e sua *alma mater* estadunidense - a *Harvard Law School* - resultou em uma parceria institucional rica. Também o atual Diretor, Professor Sérgio Guerra, possui uma relação especial com *Yale Law School*, tendo se tornado seu embaixador no Brasil. Ora, Henry Steiner e David Trubek, pioneiros no CEPED, eram professores justamente dessas duas instituições.

Esses professores norte-americanos justamente salientam um grande desafio para a FGV ser um modelo de educação e de pesquisa jurídica para o Brasil é seu custo e, segundo Trubek, uma "estrutura financeira difícil, se não impossível de ser copiada por outras Escolas".⁷⁶ De fato, o alto custo das operações da FGV Direito Rio é um obstáculo para que esse modelo seja reproduzido em outras instituições de ensino, mas existem iniciativas - como a disposição antecipada de conteúdo, por exemplo - que não são tão custosas e que podem facilitar a adoção do método participativo e da aula dialogada em faculdades de direito de menor investimento. Além disso, é importante ressaltar que a política de austeridade também tem reduzido custos e a nova gestão do Professor Sergio Guerra tem sido eficiente em manter o padrão de qualidade da Escola de Direito Rio. Os novos desafios passam pela implantação do doutorado, pelo fortalecimento da pesquisa acadêmica por meio de Centros de Pesquisa e pela implementação do novo currículo na graduação. Aliás, a renovação contínua também faz parte do DNA da FGV Direito Rio que está em constante mutação, conforme vocês certamente terão a oportunidade de ler no presente dossiê sobre "institucionalização da educação e da pesquisa jurídica". Esperamos que as experiências inovadoras com metodologia participativa, internacionalização acadêmica e pesquisa empírica interdisciplinar sirvam de estímulo para novos projetos inspiradores de educação e pesquisa jurídica.

⁷⁶ David M. Trubek, Reabrindo o Arquivo Morto do CEPED: O Que Podemos Aprender de um "Caso de Arquivo Morto", Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão e Tania Rangel (org.), Aventura e Legado no Ensino Jurídico. Rio de Janeiro: Editora FGV (2012), p. 113.



EXPERIMENTALISMO E ANÁLISE INSTITUCIONAL NO CURSO FGV DIREITO RIO: UM PROJETO EM CONSTRUÇÃO¹

EXPERIMENTALISM AND INSTITUTIONAL ANALYSIS IN THE COURSE OF FGV DIREITO RIO: A PROJECT UNDER CONSTRUCTION

JOAQUIM FALCÃO²

PEDRO DELFINO³

RESUMO: Em meados de maio de 2015, o Diretor da FGV DIREITO RIO marcou uma reunião com o coordenador da graduação e com um aluno do 5º período. Depois disso, algumas semanas se passaram e coube ao aluno preparar uma proposta de curso. Em uma nova reunião, o estudante apresentou sua ideia e ela foi implementada com o aval do diretor. Em síntese, a estrutura do DNA de uma instituição é definida pelo que as pessoas fazem e não por aquilo que elas dizem. Se fosse possível estruturar o experimentalismo institucional em uma fórmula, a equação necessariamente exigiria alguma coisa como: (i) uma tolerância ao risco acima da média e (ii) uma postura aberta em relação ao que é diferente. Apenas em um contexto como esse seria possível construir um curso que adotasse como ponto de partida a seguinte premissa: alunos também podem ensinar. O desenrolar desse experimento são cenas das próximas seções.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Ensino jurídico; Experimentalismo institucional.

ABSTRACT: In mid-May 2015, the Director of FGV DIREITO RIO arranged a meeting with the graduation coordinator and a student of the 5th period. After that, a few weeks passed and it was up to the student to prepare a course proposal. At a new

¹ Experimentalismo e análise institucional no curso FGV DIREITO RIO: Um projeto em construção.

² Doutor em Educação pela University of Genève. LLM pela Harvard Law School. Graduado em Direito pela PUC-Rio. ex-Diretor da FGV Direito Rio. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2005 a 2009).

³ Graduado em Direito e graduando em Matemática Aplicada pela Fundação Getúlio Vargas. Co-fundador do NetLex.



meeting, the student presented his idea and it was implemented with the approval of the principal. In short, the structure of an institution's DNA is defined by what people do and not by what they say. If it were possible to structure institutional experimentalism into a formula, the equation would necessarily require something like: (i) an above-average risk tolerance and (ii) an open stance in relation to what is different. Only in such a context would it be possible to construct a course that would adopt as a starting point the following premise: students can also teach. The unfolding of this experiment are scenes from the next sections.

PALAVRAS-CHAVE: Law; Legal education; Institutional Experimentalism.

I. UM CAUSO SOBRE COMO TUDO COMEÇOU

Em meados de Maio de 2015, o Diretor da FGV DIREITO RIO marcou uma reunião com o coordenador da graduação e com um aluno do 5º período.⁴ A conversa começou com a seguinte frase:

- Olha, no próximo semestre eu gostaria de dar uma disciplina. O tema seria educação jurídica. - disse o Diretor.

“Bacana professor, vou me inscrever nessa matéria aí com certeza” - disse o garoto com uma perceptível empolgação.

- Mas tem um detalhe. Eu gostaria que você fosse professor na disciplina junto comigo.

Depois disso, algumas semanas se passaram e coube ao aluno preparar uma proposta de curso. Em uma nova reunião, o estudante apresentou sua ideia.

- Isso é completamente diferente do que eu havia imaginado. Sejam francos, essa ideia é psicodélica. Mas nós vamos fazer mesmo assim. - disse o diretor rindo.

A estrutura do DNA de uma instituição é definida pelo que as pessoas *fazem* e não por aquilo que elas *dizem*. Se for possível estruturar o experimentalismo institucional em uma fórmula, a equação necessariamente exigirá (i) tolerância ao risco e (ii) abertura em relação ao que é diferente.⁵ Apenas nesse contexto é possível construir um curso que adota a seguinte premissa: alunos *também* podem ensinar. O desenrolar desse experimento são *cenários* das próximas seções.

⁴ A história contada acima se passou durante a gestão do Professor Joaquim Falcão como Diretor da FGV DIREITO RIO (2002-2017).

⁵ Em torno dos desafios de modernização do ensino jurídico no Brasil, ver: FALCÃO, Joaquim LACERDA, Gabriel; RANGEL, Tânia. *Aventura e legado no ensino jurídico*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012.

II. A NATUREZA RECURSIVA DA DISCIPLINA

A FGV DIREITO RIO nasceu em 2002 como uma alternativa ao que muitos denominam de *crise da educação jurídica brasileira*.⁶ Desde o início, a Escola possui uma missão clara: formar juristas que não sejam apenas operadores ou aplicadores do Direito, mas arquitetos do Direito, sendo capazes de desenhar institutos e instituições.⁷

Na visão dos fundadores, o exercício dessa engenharia institucional exige uma formação jurídica distinta do que é tradicionalmente oferecido nos cursos de Direito do Brasil. No lugar de disciplinas voltadas para fins meramente informativos, acrílicos e enciclopédicos, entram abordagens focadas no desenvolvimento de estruturas de pensamento e de habilidades.⁸ Fazendo uma analogia com o universo da computação, para formar engenheiros de instituições é preciso que se tenha uma preocupação maior em tornar o processador mais potente do que em preencher o *HD* com informações que são, no fim das contas, circunstanciais.

O jurista que cria instituições precisa, sobretudo, de três competências de resolução de problemas: a sensibilidade para identificar um problema, o raciocínio lógico-analítico para decompô-lo e a criatividade para desenhar um arranjo que o resolva.⁹ Ao longo da graduação, incentivamos essas habilidades nos alunos. Em disciplinas como Sociologia Jurídica, Teoria da Justiça e Direitos Humanos, a competência de perceber um problema é desenvolvida. Em outras matérias, como Análise Econômica do Direito e Teoria da Decisão, a ênfase está na estruturação analítica e na formalização dos problemas. Existem ainda cursos como Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal e Introdução ao Estudo do Direito II que focam em raciocínios prospectivos, hipotéticos e criativos sobre novos arranjos institucionais.

No melhor dos cenários, essas habilidades são treinadas e, no futuro, serão aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro. O ápice da concretização do projeto pedagógico da Escola ocorrerá se, um dia, um ex-aluno usar essa formação para, por exemplo, redesenhar o arranjo institucional de uma instituição pública ou para criar uma inovadora estrutura societária.

A principal disrupção da disciplina “*FGV DIREITO RIO: um projeto em construção*” consistiu em criar um *espaço de treinamento* para essas habilidades de resolução de problemas. Durante o segundo semestre de 2015, cerca de 15 alunos foram convidados a vivenciar o experimentalismo e a análise institucional na prática.

A expressão *espaço de treinamento* talvez remeta a uma arena onde esportes são praticados. Aqui o sentido se aproxima mais de um laboratório de experimentos científicos. Neste contexto, como todo procedimento experimental, nós tivemos uma

⁶ DANTAS, F. C. de San Tiago. A Educação Jurídica e a Crise Brasileira. Educação Jurídica e Método de Caso. Série Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito, v. 3, Rio de Janeiro, Fevereiro de 2009.

⁷ RODRIGUEZ, Caio Farah; FALCÃO, Joaquim. O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV. Série Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito, v. 1, Rio de Janeiro, Novembro de 2005.

⁸ Ibidem.

⁹ Sobre a necessidade constante de adaptação do ensino jurídico às exigências do mercado brasileiro, ver: FALCÃO, Joaquim. “Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas. Em: Cadernos FGV Direito Rio, vol. 3, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2009, p. 39-80.



cobaia a nossa disposição, sendo justamente neste ponto que fica evidente a natureza recursiva do nosso curso.

Na Matemática e na Ciência da Computação, a recursão é uma regra que invoca a si mesma durante a sua execução. No nosso caso, o experimentalismo institucional propagado pela Escola foi *recursivo* ao usar como cobaia para nossas análises *a própria* FGV DIREITO RIO e não instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil ou o Ministério Público Federal.

Além de representar um processo recursivo, a disciplina também foi construída a partir de outras analogias. O arquiteto de instituições não é um mero operador, ele é co-autor do sistema ao qual está submetido. Desse modo, o jurista que exerce esse papel, em alguma medida, raciocina como Juiz, Legislador e Presidente. Assim, até a própria Constituição da República, a norma mais alta na hierarquia do ordenamento positivo, está passível de ser *reescrita*.

De forma análoga, o papel que definimos para os nossos alunos nesse curso foi o de estudantes que não fossem apenas usuários do sistema, mas coautores do processo *educativo* ao qual estão submetidos, tendo a oportunidade de raciocinar como Diretor, Coordenador e Professor. Usando acrônimos, o aluno DCP (Diretor, Coordenador e Professor) nada mais é que uma *pequena versão* do Jurista JLP (Juiz, Legislador e Presidente).

III. ESTRUTURA TEMÁTICA

No início, como sugere o caso, o tema do curso seria educação jurídica. Conforme a disciplina foi sendo desenhada, o foco mudou. Educação jurídica continuou como foco *temático* mas o *conteúdo* que seria ministrado deixou de ser o nosso foco *estratégico*.

O tema educação jurídica se tornou apenas um *pretexto* para que (i) submetêssemos os alunos a um intenso treino de habilidades de resolução de problemas e (ii) expusêssemos nossa Escola a um experimento.¹⁰

Essa estrutura foi concretizada em sete encontros, divididos em dois blocos temáticos. No primeiro bloco "*Ideias e dados por trás do projeto*", as discussões foram voltadas para nossa própria Escola. Na primeira aula do curso, discutimos os textos fundadores escritos por Joaquim Falcão, Caio Farah e Roberto Mangabeira Unger.¹¹

A FGV DIREITO RIO, desde a sua fundação, é uma Escola *confessional*, frequentemente confessando e explicitando sua escolha pedagógica. Ainda que o texto fundador seja conhecido na comunidade de estudiosos da educação jurídica brasileira,

¹⁰ No contexto de divulgação da disciplina, em Julho de 2015, foi feito um vídeo explicativo que pode ser encontrado em: <https://youtu.be/mcGygDBgjRM?t=8s>

¹¹ RODRIGUEZ, Caio Farah, FALCÃO, Joaquim. O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV. Projetos para um novo ensino jurídico no Brasil. Série Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito, v. 1, Rio de Janeiro, Novembro de 2005; UNGER, Roberto Mangabeira, O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV. Projetos para um novo ensino jurídico no Brasil. Série Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito, v. 1, Rio de Janeiro, Novembro de 2005.

muitos alunos nunca tinham tido a oportunidade de lê-lo e de discuti-lo. O objetivo da aula inaugural foi explorar os fundamentos teóricos e as premissas em que o projeto pedagógico foi construído. Apenas com clareza nesses fundamentos se torna possível elaborar críticas aos *ideais* da Escola e aos *meios* com que ela executa seu projeto.

Na segunda aula, denominada “*In God we trust, all others must bring data*”, a discussão teve natureza quantitativa. Reunimos dados da graduação fornecidos pelo Centro Acadêmico, pela Diretoria e pela Coordenação. Os diversos relatórios estatísticos tornaram nítidos alguns problemas e funcionaram como gatilho para a formulação de novas hipóteses.

Como fechamento do primeiro bloco, discutimos um relatório elaborado pelo professor de Harvard Henry Steiner. Em 2011, por cerca de quatorze dias, Steiner assistiu aulas, entrevistou alunos e conversou com funcionários da FGV DIREITO RIO, redigindo um documento em que foram destacados pontos positivos e negativos da Escola naquele momento. O texto funcionou como uma referência e um exemplo do tipo de sensibilidade e de precisão que gostaríamos de perceber nas discussões. Steiner acompanhou desde as discussões sobre educação jurídica brasileira nos anos 70 até a fundação da Escola, sendo capaz de prestar uma consultoria muito bem fundamentada. Vale notar que, até ser incorporado ao material didático de nosso curso, o relatório de Steiner era de acesso restrito, sendo que apenas alguns membros da nossa comunidade tinham tido a oportunidade de lê-lo.

Se no primeiro bloco a concentração temática foi *interna*, na segunda parte do curso o foco esteve em olhar para o que existe fora da enseada de Botafogo. Na primeira aula do bloco “Educação no Mundo”, discutimos o artigo científico *The MIT School of Law*, em que o autor especula como seria a grade curricular de um hipotético curso de Direito no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Para Daniel Katz, a organização do mercado jurídico mundial está mudando de forma severa nos últimos anos em virtude dos avanços tecnológicos, da desregulamentação do setor e da pressão dos *players* do mercado jurídico por um aumento de eficiência. Para o autor, dentro do contexto desses três vetores de mudança, é justamente em um centro de tecnologia como o MIT que está o futuro da educação jurídica.¹²

No encontro seguinte, nos debruçamos sobre experiências vanguardistas em educação no mundo. Fizemos um estudo de caso e analisamos as iniciativas do Coursera, do EdX e da Universidade Minerva¹³. Por fim, como fechamento do segundo bloco, discutimos as contribuições da pedagogia neurocientífica. A partir de estudos recentes envolvendo neurociência e educação, refletimos sobre aspectos estruturais da FGV DIREITO RIO. Em geral, muitas discussões envolvendo educação deixam de inserir pontos que são sedimentados nos estudos de psicólogos e de neurocientistas sobre o comportamento e a cognição humana.

Um exemplo de reflexão nesse sentido que ocorreu durante o curso foi sobre o tempo de duração das aulas. Na Fundação Getúlio Vargas, as aulas são desenhadas

¹² KATZ, Daniel Martin, *The MIT School of Law? A Perspective on Legal Education in the 21st Century*. University of Illinois Law Review, No. 5, Outubro, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2513397>.

¹³ Para mais informações sobre o Minerva, visitar: <https://www.minerva.kgi.edu/>



para durar 100 minutos, o que é uma extensão temporal incompatível com o que diversos estudos sugerem ser o limiar de atenção de adultos.¹⁴

IV. INCENTIVOS E AVALIAÇÃO

Usualmente, os professores recorrem às provas escritas como uma forma de avaliar o desempenho dos alunos. Seguindo vanguardistas propostas do denominado *project-based learning*,¹⁵ em nosso curso, os alunos foram avaliados com base em um projeto que tiveram que ir desenvolvendo ao longo de todo o semestre.

Individualmente ou em duplas, todos tiveram que elaborar um relatório de até cinco páginas e uma apresentação de cinco minutos, análoga aos famosos *pitches* que *startups* costumam fazer para potenciais investidores. Tanto na apresentação como no relatório os alunos tiveram que (i) identificar com clareza pelo menos um fenômeno institucional da FGV DIREITO RIO que pudesse ser considerado um problema, justificando essa caracterização; (ii) decompor o problema em problemas menores, explicitando suas causas e implicações; e (iii) sugerir uma alternativa para correção do problema identificado.

Os critérios de correção foram fixados de forma alinhada com os objetivos do *treino*. Assim, os alunos receberam notas de acordo com a desenvoltura nas habilidades críticas, analíticas e criativas ao formular e ao tentar resolver um problema. O relatório e a apresentação tiveram o mesmo peso, representando cada um 50% da nota total. Além disso, foram definidos dois prêmios, uma premiação para o melhor relatório, denominada “Prêmio Silvio Meira”, e outra para a melhor apresentação, chamada de “Prêmio Steve Jobs”. Esses prêmios foram pensados como um incentivo à excelência na elaboração dos trabalhos.

Em relação à apresentação final, cabe destacar as especificidades do seu formato. No último dos sete encontros do curso, todos os alunos inscritos fizeram as suas apresentações para uma banca formada por nós, professores da disciplina, e pelos professores convidados: Diego Werneck, Eduardo Jordão e Thiago Bottino. Ao invés da sala de aula, as apresentações foram feitas no *hall* de entrada da graduação de forma que uma plateia também pudesse assistir aos *pitches*. No dia do evento, tivemos 14 alunos apresentando trabalhos e cerca de 200 pessoas presentes, entre professores e alunos da Escola que não se inscreveram na disciplina. Considerando que a FGV DIREITO RIO possui um corpo discente total de cerca de 250 pessoas, o evento contou com ampla adesão dos alunos da Escola.

Após cada apresentação de cinco minutos, a banca pôde fazer uma arguição de dez minutos. Ao final de todas as apresentações, cada membro da banca pôde votar no melhor trabalho. Além disso, as pessoas na plateia também puderam participar e o

¹⁴ Sobre o *adult span attention*, visitar: https://en.wikipedia.org/wiki/Attention_span

¹⁵ *Project-based learning* é um método de ensino no qual o aluno aprende por meio da estruturação de um projeto, por um período de tempo razoável, que busca engajar o aluno na resolução de determinado desafio ou problema complexo.

trabalho mais votado pela plateia recebeu uma indicação para o prêmio com o mesmo peso dos votos dos membros da banca.

V. RESULTADOS

No final de 2015, encerramos o curso extremamente contentes com a qualidade dos trabalhos apresentados pelos alunos. Neste sentido, gostaríamos de anexar a este ensaio os dois trabalhos que foram premiados. Luiz Penner e Waldo Ramalho escreveram um elegante texto problematizando a forma como os alunos normalmente são avaliados. Como solução, criaram o mecanismo do *paper option*, um *track* alternativo em que os alunos poderiam substituir as provas pela elaboração de um *paper*. No novo modelo de avaliação proposto seriam inseridos elementos de pesquisa científica no trabalho a ser avaliado.

Harllos Arthur e Pedro Costa, vencedores do prêmio de melhor apresentação, retomaram às bases do projeto pedagógico da Escola e identificaram que, apesar de estar muito claro no projeto fundador o desejo de formar quadros dirigentes para a administração pública, essa vertente de carreira era muito pouco explorada dentro de nossa Escola. Desse forma, eles sugeriram a criação de um *Laboratório de Políticas Públicas (Lab)*, uma instituição gerida por alunos e que se comportaria de forma semelhante a uma empresa júnior. No lugar de prestar consultoria para micro e pequenas empresas, o *Lab* atenderia órgãos e entidades públicas, como secretarias de pequenos Municípios. Este seria um espaço de iniciação profissional para aqueles que pretendem seguir carreira como gestores públicos.

A iniciativa do Laboratório nos deixa ainda mais satisfeitos por ter ido além da elaboração de um bom trabalho acadêmico. Harllos, Pedro e Fernanda Almeida estão executando o projeto desde o início de 2016 sob supervisão do professor Felipe Fontes. Recentemente, finalizaram o projeto com seu primeiro cliente: a Agetransp, uma agência reguladora responsável por regular e fiscalizar os serviços públicos concedidos de transportes no estado do Rio de Janeiro. O projeto envolveu a elaboração de uma análise sobre captação, gestão e uso de novas receitas acessórias do metrô (MetroRio) e da linha de trem (SuperVia) do Rio de Janeiro. Potencialmente, o trabalho desenvolvido pela consultoria do *Lab* pode contribuir para reduzir o valor da tarifa destes modais e impactar a vida de cerca de 2 milhões de pessoas. Cabe dizer que esse projeto não é circunstancial, uma vez que o *Lab* foi institucionalizado e já existem outros clientes interessados na consultoria *pro bono*.

Por fim, cabe dizer que, mesmo sem receber nenhum prêmio, outros trabalhos saíram do papel e foram executados, representando, na prática, uma tentativa de corrigir um problema detectado. Essa é a grande virtude do *project-based learning*, orientar o processo educativo em torno de um problema real e que provoque identificação sincera no aluno.

Nessa linha, merece especial ênfase o trabalho de Marcelo Mattos e Ricardo Carrion. Os dois alunos formularam como um problema da FGV DIREITO RIO o fato

de a Escola ser ainda pouco conhecida fora do Rio de Janeiro e não reunir no seu corpo discente os melhores alunos das mais diversas regiões do país.

Como solução, houve a proposta de realização de um Curso de Inverno, uma ação institucional de marketing de conteúdo¹⁶ em que alunos de diversas regiões do Brasil seriam convidados a fazer um curso gratuito de curta duração na FGV DIREITO RIO. Neste curso, os alunos teriam a oportunidade de conhecer o método da Escola, as linhas de pesquisa, os professores e as instalações – vivenciando por um curto período de tempo a experiência que nossos alunos costumam ter.

Cerca de seis meses após o encerramento da nossa disciplina, o Curso de Inverno foi executado com excelência e teve ótimos resultados. Sob um formato de 5 dias intensivos de curso com aulas sobre temas como *Direito e igualdade de gênero*, *Law and Economics* e *E-democracy*, mais de 160 alunos de todas as regiões do Brasil se inscreveram, sendo, inclusive, necessário fazer uma seleção de 60 alunos em virtude das restrições de espaço. Houve, também, inscritos de diferentes condições socioeconômicas, uma vez que, além da gratuidade do curso, alguns alunos com real necessidade financeira tiveram um auxílio de traslado e de hospedagem. Por último, cabe ainda ressaltar que o curso de inverno recebeu inscrições de alunos egressos de algumas das mais tradicionais faculdades de Direito do Brasil como UERJ, UFMG, UnB, UFPE e USP.¹⁷

VI. OPEN-SOURCE

Apesar das inovações que a disciplina trouxe, esse curso ainda é um esforço pequeno diante do meta-problema que ele pretende enfrentar. As críticas de San Tiago Dantas feitas à educação jurídica brasileira nos anos 50 continuam atuais, com pouco tendo mudado no cenário nacional.¹⁸

Mesmo dentro da FGV DIREITO RIO, uma Escola que nasceu como antítese para a *crise*, luta-se para construir uma resposta. Por isso, o curso que ministramos é *open source*. Seu “código” é aberto e o que foi feito até aqui está disponível para ser *usado*, *aprimorado* e *compartilhado*. Todas as aulas do curso foram gravadas e foi elaborado um material didático, que inclui textos escritos pelos professores e as leituras obrigatórias de cada aula. Todo esse material está disponibilizado nos endereços www.joaquimfalcao.com.br e www.pedrodelfino.com.

Indo além dos resultados diretos e sensíveis, foi perceptível, principalmente no evento de encerramento, o envolvimento de nossa comunidade com esta iniciativa.

¹⁶ Marketing de conteúdo é uma abordagem estratégica de marketing focada em criar e distribuir conteúdo relevante, consistente e valoroso com a finalidade de atrair um determinado público-alvo e associar valores positivos a determinada marca.

¹⁷ Mais detalhes sobre a primeira edição do Curso de Inverno podem ser encontrados no link: <http://direitorio.fgv.br/curso/curso-de-inverno>

¹⁸ DANTAS, F. C. de San Tiago. *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. Educação Jurídica e Método de Caso. Série Cadernos FGV Direito Rio, Educação e Direito, v. 3, Rio de Janeiro, Fevereiro de 2009.

Este curso contribuiu para resgatar valores que foram muito latentes na criação de nossa Escola e que estavam enfraquecidos. Esperamos que os bons ventos do experimentalismo e do espírito reformista continuem a soprar na FGV DIREITO RIO e ecoem pelo Brasil. A nossa Escola sempre foi, é e continuará sendo *um projeto em construção*.

ANEXO I

Trabalho de Conclusão - ATCE FGV Direito Rio: Um projeto em Construção

Tema: Escola formadora de líderes para o Direito ou de líderes para o Brasil?

Alunos: Pedro Costa, Harllos Arthur e Fernanda Almeida

Professores: Joaquim Falcão e Pedro Delfino

Introdução

O presente trabalho está estruturado a partir de alguns problemas que identificamos na atual conjuntura da FGV Direito Rio, a partir de um raciocínio crítico objetivo sobre a situação de momento da Escola. A identificação de tais problemas e a proposta de intervenção que fazemos para solucioná-los foram construídos por meio de uma análise da formação geral oferecida atualmente na Escola em comparação com as premissas que pautaram sua criação e com os objetivos estabelecidos em seu projeto fundador.

Para tanto, reconhecemos, com clareza, a existência do diálogo que os textos de Mangabeira Unger, Caio Farah e Joaquim Falcão estabelecem com a crise das carreiras jurídicas no cenário brasileiro contemporâneo e a importância da proposta de concepção de uma nova faculdade de Direito para o país com uma intenção básica: **a formação de lideranças diversas capazes de orientar os rumos do Brasil.**

Nesse sentido, cabe apontar os perfis principais de operadores de institutos jurídicos que o projeto fundador ilustra, quais sejam: advogados globais, homens e mulheres de negócios (*businessmen* e *businesswomen*) e **dirigentes da Administração Pública**. A partir daí, é necessária a compreensão de que todas as estruturas sobre as quais as atividades da Escola se baseiam deveriam ser direcionadas para a geração desses três perfis profissionais.



No entanto, diversos descompassos entre o projeto fundador e a realidade atual da Escola são visíveis. De fato, para atingir os ambiciosos objetivos apresentados no projeto fundador, é necessária uma multiplicidade de instrumentos, ainda pouco desenvolvidos, para concretizar a formação dos perfis profissionais desejados.

Dentro do grande universo de possibilidades para as críticas e a propositura de soluções, escolhemos abordar o seguinte problema: **não há um espaço organizado para o desenvolvimento de habilidades específicas de alunos interessados em compor os quadros dirigentes da Administração Pública.** Assumindo a importância desse perfil dentro do projeto fundador e a necessidade premente desse tipo de qualificação para o país, iremos expor a seguir as razões pelas quais identificamos esse problema na Escola e, por fim, iremos propor uma intervenção inovadora que pretende contribuir para sua solução.

Nossa observação básica é de que não existe hoje na FGV Direito Rio um espaço capaz de canalizar os interesses dos alunos interessados em trabalhar na Administração Pública. Para essa afirmativa, nos baseamos unicamente na análise de atividades extracurriculares, a fim de evitar questionamentos profundos sobre as disciplinas obrigatórias e eletivas oferecidas e sua utilidade para promover a formação desse perfil profissional específico.

Atualmente, alunos com interesse em atuar no setor público encontram poucas ferramentas de entrada em tal mercado, e tampouco instrumentos para desenvolver as habilidades necessárias para uma futura atuação profissional como gestor do Estado. Os espaços existentes estão muito restritos às carreiras jurídicas tradicionais, ainda que com certo vínculo a atividades estatais, como por exemplo a Clínica de Direitos Fundamentais e a Atividade Monitorada de Férias. São ofertadas atividades em órgãos públicos como a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário ou ainda a produção de memoriais de *amicus curiae* em casos de impacto social relevantes a serem decididos no Supremo Tribunal Federal.

Além disso, não há incentivos institucionais concretos para que os alunos que intencionam seguir essa carreira se engajem em projetos relacionados com a área. Os alunos não são direcionados a desenvolver um contato precoce com as necessidades e desafios do setor público brasileiro e, limitados à abordagem predominantemente

jurídica das cadeiras de prática (estágio, clínicas, atividade monitorada e pesquisa), concluem o curso sem as habilidades essenciais à entrada na carreira de gestão pública.

Tendo em vista esse cenário, compreendemos que o projeto fundador da Escola e o desejo de formar lideranças para o futuro do Brasil, em especial o perfil de dirigentes da Administração Pública necessita de um espaço próprio, em que a criatividade social, a capacidade prática de lidar com problemas complexos e os conhecimentos básicos de elaboração de políticas públicas sejam treinados.

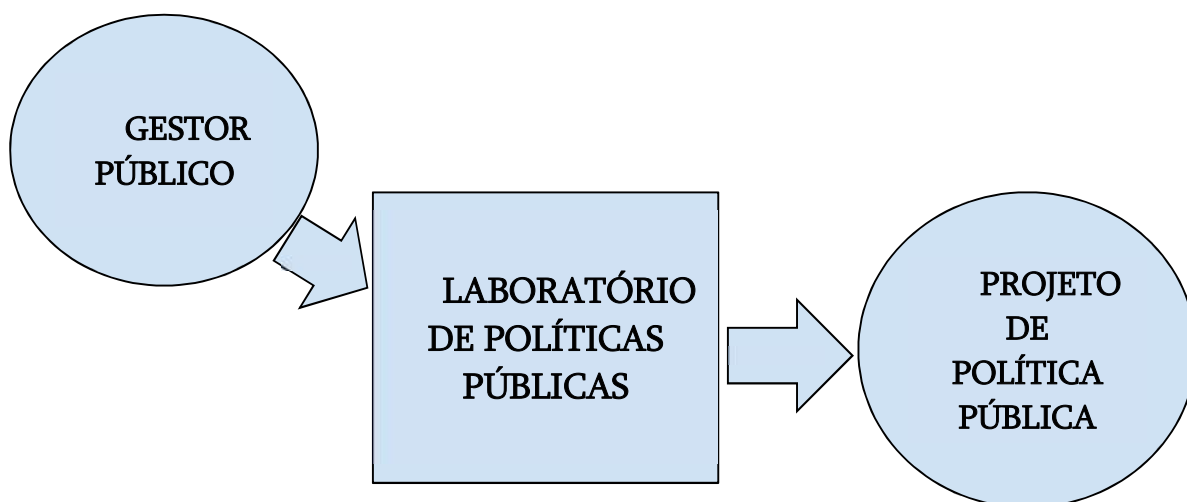
Estrutura do Projeto de Solução:

A solução consiste na criação do **Laboratório de Políticas Públicas**, gerenciado por alunos da FGV Direito Rio em parceria com professores e pesquisadores da Escola. O Laboratório funciona como uma plataforma de elaboração de projetos de políticas públicas de âmbito local, que contam com o engajamento e a participação de alunos para seu desenvolvimento.

Para melhor entendimento da proposta, cabe esclarecer os dois níveis em que a atuação de alunos da Escola ocorre:

- 1) *Alunos organizadores do Laboratório*: são os responsáveis pelo delineamento dos desafios que serão lançados. Realizam o contato com as entidades públicas interessadas em trazer problemas a serem solucionados pelo Laboratório. Organizam as atividades dos alunos participantes, as palestras a eles oferecidas, o programa de orientação para desenvolvimento dos projetos e conduzem o processo seletivo dos participantes do Laboratório.
- 2) *Alunos participantes do Laboratório*: são os agentes ativos da concepção e desenvolvimento das políticas públicas propostos como desafio pelo Laboratório. Produzirão um produto final a ser entregue ao fim do ciclo do Laboratório e buscarão parcerias internas e externas para viabilizar os projetos criados por eles próprios.

De maneira geral, a proposta pode ser assim representada:



Experiência de implementação do Laboratório:

No primeiro semestre de 2016, o projeto do Laboratório de Políticas Públicas foi desenvolvido como uma Atividade Complementar Eletiva (ATCE), integrada na grade curricular da Escola de Direito. Sua estrutura gerencial foi composta por um **grupo de três alunos** da FGV Direito Rio, com a participação de **um professor orientador e de uma pesquisadora da área de políticas públicas** para a organização do espaço.

Em primeiro lugar, coube ao grupo organizador a definição das atividades a serem realizadas ao longo do semestre. Algumas dessas atribuições a serem mencionadas: (i) a realização de um processo seletivo para compor a equipe de trabalho do Laboratório, (ii) a definição de conteúdos básicos sobre a temática de políticas públicas a ser discutida entre os participantes, (iii) a concepção de dinâmicas interativas para abordagem de casos concretos relacionados ao ciclo de políticas públicas e (iv) prospecção de parceiro público para a realização do trabalho de consultoria gratuita em políticas públicas.

Em especial, a busca por um ente público interessado em repassar demandas de políticas públicas para a apreciação do Laboratório constituiu um grande desafio. Foi

realizada uma sondagem de problemas das mais distintas fontes, em um intenso trabalho de contato com instituições públicas. Nestas tratativas, houve o esclarecimento dos serviços oferecidos pelo Laboratório em favor do órgão público em questão e, em especial, de seu caráter não-profissional, experimental e educativo.

Durante a prospecção da consultoria a ser realizada, a orientação do professor e da pesquisadora vinculados ao Laboratório teve papel fundamental de auxílio aos alunos organizadores, por meio do acionamento suas redes de contato externas à FGV Direito Rio para a captação de problemas sociais diversos e instigantes. Além disso, sua participação foi decisiva para a delimitação do escopo do trabalho a ser realizado pelo grupo, ao analisar as demandas apresentadas pelo parceiro público de maneira adequada às limitações e possibilidades do Laboratório.

Neste semestre, a parceria foi firmada com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias (AGETRANSP), entidade da administração pública indireta do Estado do Rio de Janeiro. Portanto, a partir da definição do parceiro público inicial, avançou-se para a definição de um recorte temático de problema real enfrentado pelo gestor público apresentado ao Laboratório, sobre o qual todos os participantes se debruçariam ao longo do ciclo de funcionamento da plataforma. O objeto do estudo produzido foi a regulação das receitas extraordinárias nos sistemas de metrô e trens do Rio de Janeiro, operado por concessionárias privadas.

O funcionamento do Laboratório de Políticas Públicas ocorreu por meio de encontros semanais, em que eram realizadas discussões sobre diversos assuntos relacionados à temática das políticas públicas, apresentações de casos pelos participantes, realização de dinâmicas de grupo em simulação de situações reais de tomada de decisão estratégica, bem como diálogos com gestores e pessoas envolvidas com a realidade governamental, no intuito de compartilhar experiências. Os encontros também constituíam essencialmente o espaço de trocas e discussões acerca da consultoria prestada ao parceiro público, por meio da crítica construtiva aos resultados de pesquisa e definição de etapas e responsabilidades para a execução do relatório escrito a ser entregue ao órgão de governo.

Durante a primeira fase de implementação do laboratório, encontraram-se algumas dificuldades. Essas dificuldades giraram em torno da inexperiência do grupo

organizador em relação às atividades exigidas pelo Laboratório, tais como: o relacionamento com um órgão público; a organização de um projeto relativamente complexo com a participação de dez alunos de graduação; e a conciliação do Laboratório com demais atividades da graduação. Ainda assim, ao término do primeiro ciclo e avaliação interna do semestre, acreditamos que o Laboratório alcançou êxito e provou ser uma ideia promissora tanto para os alunos quanto para a Escola.

Diante disso, pretendemos avançar ainda mais no desenvolvimento do projeto do Laboratório de Políticas Públicas, com o intuito de torná-lo um legado sólido e perene para a FGV Direito Rio. A partir do segundo semestre de 2016, a equipe coordenadora do Laboratório, a partir da experiência adquirida no primeiro ciclo de atividades, busca conceber uma nova estrutura para o Laboratório, de modo que sua existência se desvincule da figura pessoal de seus criadores, conquistando independência de quem o organiza. Para tanto, pretende-se convocar mais estudantes que tenham interesse em fazer parte da equipe; firmar parcerias com mais órgãos públicos e elaborar uma organização interna inspirada nos moldes de uma empresa júnior.

Esta é a forma que acreditamos ser ideal para assegurar a sua continuidade no âmbito da comunidade universitária, trazendo benefícios concretos e permanentes a serem percebidos pela Escola de Direito por meio da institucionalização desta iniciativa. Os trabalhos desenvolvidos no Laboratório permitirão o desenvolvimento das seguintes habilidades, fundamentais na preparação de futuros dirigentes da Administração Pública: i) elaborar projetos de políticas públicas; ii) lidar na prática com os desafios enfrentados pela gestão pública; iii) trabalhar em equipe para a criação de projetos de impacto social; iv) analisar problemas sociais complexos e propor soluções inovadoras. Por fim, o Laboratório terá maiores condições de se afirmar como um importante espaço para a formação de uma rede de contatos entre os alunos e os profissionais da área, gerando uma comunidade até então inexistente na FGV Direito Rio de jovens engajados na carreira de gestão pública.

ANEXO II



Alternativas ao aprendizado conteudista no ensino jurídico¹⁹ Por Luiz Carlos Penner e Waldo Ramalho

1. O problema

A FGV Direito Rio é um dos poucos empreendimentos de educação jurídica do mundo que tenta desafiar os projetos pedagógicos e institucionais tradicionais (Ribeiro e Vargas, 2014), reunindo, também, recursos humanos, infraestrutura e gestão sem precedentes para uma faculdade de direito brasileira. Para conseguir realizar este objetivo, é necessário que seus alunos tenham uma formação que os leve a perfis distintos daquele do *jurista clássico*.²⁰ No entanto, por mais que a FGV Direito Rio busque este objetivo, ainda há alguns para sua efetivação.

O objetivo deste ensaio é permitir uma reflexão sobre a proposta de enfoque na *habilidade de pesquisa* como método libertador do aluno de uma formação voltada para o manualismo e passividade – entendida como falta de mecanismos de *autodidatismo*.²¹

Entendemos que os principais obstáculos enfrentados são: (i) o *enciclopedismo*,²² (ii) a inércia dos alunos em relação às suas escolhas quanto ao seu próprio aprendizado e (iii) resistências tanto pelo mercado de trabalho quanto por parte do corpo docente e discente frente ao projeto pedagógico inovador da Escola.

Sobre o primeiro obstáculo, o profissional de alto nível não é aquele que detém a maior quantidade de informações acerca de determinado tema, mas sim aquele capaz de manejar conhecimentos para construir soluções para o problema – soluções estas que serão tanto melhores quanto mais inovadoras, alternativas e eficientes.

¹⁹ Agradecemos aos professores Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal pelo diálogo aberto, pelas críticas construtivas e ideias que nos levaram a este artigo. Também agradecemos aos professores Patrícia Pinheiro Sampaio e Antonio Carlos Porto Gonçalves cujas críticas, mantida as discordâncias, ajudaram a melhorar este trabalho. Por fim, agradecemos ao professor Eduardo Magrani pelas recomendações finais na conclusão deste artigo.

²⁰ Sobre isto, ver caracterização de (Vargas, 2014) sobre o *jurista clássico*: “O jurista clássico é um *oficialista*. O ponto de partida para compreender sua prática social é o direito positivo. O jurista clássico se vê como *agente* do interesse público e, no desempenho de suas funções, busca atuar nos limites estritos da sua competência, estabelecida, em última análise, pela constituição e pelas leis aprovadas pelo Congresso. Ao aplicar a lei para dirimir conflito em caso concreto, o jurista clássico não cria, apenas *traduz* vontade popular, previamente disciplinada em nível abstrato. E ao desempenhar seu papel de forma consistente, o jurista clássico entende contribuir para *realizar a vontade do povo* e os *ideais de justiça* nos quatro cantos do país”.

²¹ É importante ressaltar que não consideramos que o método voltado para habilidades e pro atividade dos alunos é necessariamente o melhor método possível. O que pretendemos com este ensaio é estabelecer que, dados os objetivos da FGV Direito Rio serem neste sentido, devemos buscar métodos para concretizá-los no dia a dia da faculdade.

²² A definição de enciclopedismo é dada por Unger (2005) ao dizer que: “O ensino jurídico [...] continua distante tanto de um pensamento verdadeiramente teórico quanto de uma utilidade profissional imediata. Sem servir nem à teoria nem à prática, resvala na tentativa de casar um amontoado de regras – o conteúdo do direito positivo – com um sistema fossilizado de conceitos doutrinários”.

Neste contexto, o foco da formação acadêmica deveria ser modificado, da reprodução pura dos saberes para a apreensão de conteúdo voltada para a formação de habilidades. Dentre as habilidades essenciais podemos destacar as habilidades (i) analíticas, (ii) críticas, (iii) criativas, (iv) emocionais e (v) interpessoais.

Dentro destas habilidades principais, podemos subdividi-las em habilidades mais específicas, de fácil compreensão e aplicação prática. Uma destas é a *habilidade de pesquisa* – foco deste ensaio – que permite o desenvolvimento de habilidades analíticas, críticas e criativas.

Em relação ao segundo problema, a passividade dos alunos sobre sua formação acadêmica, podemos identificar dois cenários distintos, ambos retirando do aluno o protagonismo na construção de sua própria formação. O primeiro é de uma faculdade tradicional com aulas majoritariamente expositivas, nas quais os alunos apenas absorvem a maior quantidade possível de conteúdo ensinado pelo professor. O segundo cenário é um pouco melhor e mais próximo ao que ocorre na FGV Direito Rio. Refere-se a uma passividade no sentido de que os alunos, por mais que sejam incentivados a se preparar para as aulas – cujo método será socrático ou dialogado – possivelmente não desenvolvem habilidades para adquirir autonomia intelectual.

Mesmo nesta segunda hipótese, a atuação dos alunos se resume a ler os textos indicados pelos professores, a partir de determinadas instruções, para que haja uma boa discussão em sala de aula. É claro que esta orientação é muito importante, mas é necessário que existam outros mecanismos aliados a esta abordagem para estimular o desenvolvimento de habilidades – dentre elas, a *habilidade de pesquisa* – e de uma postura que permita o *autodidatismo* em determinado momento de suas formações. Com o *autodidatismo* pretende-se que o aluno seja capaz de aprender a fazer sozinho as perguntas corretas para guiar a resolução de um problema, de modo que consiga buscar o melhor material jurídico e as melhores respostas para solucioná-lo.

Acreditamos que a ampliação das possibilidades de desenvolver habilidades de pesquisa é um mecanismo de baixo custo que pode modificar o enfoque atual da FGV Direito Rio em direção ao objetivo da faculdade. Passaremos a privilegiar habilidades em detrimento de *conteudismo* puro e também a privilegiar uma postura ativa dos alunos.

Quanto ao terceiro problema, de ordem externa à própria faculdade, podemos dizer que há uma grande descrença no enfoque dado pela FGV Direito Rio às habilidades em detrimento do aprendizado conteudista. Há uma crença disseminada pela comunidade jurídica que o melhor profissional do direito é aquele que tem conhecimentos quase exaustivos sobre a doutrina, lei e jurisprudência. O projeto da FGV Direito Rio aposta justamente no reconhecimento da importância de estudar o direito, mas isto não significa restringir o papel da faculdade.²³ A habilidade de pesquisa será capaz de mostrar a estas pessoas, docentes e discentes, que o ato de

²³ Sobre esta resistência a inovações, ver UNGER 2005, p. 16: "Mais do que qualquer obstáculo prático, pesará contra a proposta sua novidade. É uma antipatia que pode ser agravada pela falta de costume, no Brasil, de abraçar projetos que não hajam sido referendados antes por alguns dos centros de cultura que nos acostumamos a imitar".

pesquisar está no cerne de qualquer profissão jurídica, principalmente aquelas que lidam com áreas de vanguarda.

Imaginamos que um advogado, procurador, magistrado, acadêmico, regulador, empreendedor ou educador não será capaz de lidar com a velocidade da mudança dos materiais autoritativos do direito – leia-se principalmente leis e jurisprudência– sem que seja treinado com base em habilidades para se adequar e estar à frente das mudanças. Para educar pessoas para profissões que ainda não existem, para contextos que ainda irão surgir, é necessário que tenham autonomia intelectual e habilidades metatécnicas. Conteúdos tornam-se obsoletos, diferentemente de habilidades: uma pessoa com habilidades interpessoais não as perde com uma mudança de legislação.

Tendo em vista estes três obstáculos, acreditamos que é preciso que o ensino seja cada vez mais integrado à pesquisa – não apenas no sentido acadêmico. As oficinas de pesquisa, embora sejam iniciativas dignas de elogios, são um momento compartimentalizado e não modificam o dia a dia do aluno da FGV. Nas oficinas de pesquisa, o aluno sofre uma série de limitações para o desenvolvimento de sua habilidade de pesquisa de forma adequada. Podemos destacar duas: (i) o trabalho é sempre realizado em grupo, o que gera uma situação de segurança e permite com que nem todos os alunos desenvolvam habilidades de pesquisa de maneira satisfatória e (ii) os temas das pesquisas se limitam àqueles oferecidos pela coordenação, de modo alguns alunos podem não se sentir atraídos por estas áreas, não se dedicando da maneira adequada ao trabalho. Para pesquisar, é preciso ser um aluno ativo e interessado, buscando interagir com o que foi estudado, com foco em produção de novas ideias e análises.

Propomos que o aluno tenha um caminho alternativo ao aprendizado de conteúdo, um caminho que crie uma cultura de pesquisa.

II. Desenho de uma solução

Nossa solução é criar um Programa de Artigo de Pesquisa. Alunos interessados poderão escolher uma matéria inscrita neste programa, dentre aquelas que estão matriculados, e, ao invés de realizar as avaliações regulares, irão pesquisar e escrever um *paper*.

O trabalho resultante desta pesquisa deverá: (a) possuir reflexão original e não mera síntese, ainda que sistemática, de trabalhos acadêmicos; ou (b) ser uma pesquisa empírica, quantitativa ou qualitativa. Com isso, espera-se que o desenvolvimento da *habilidade de pesquisa* seja reconduzido ao desenvolvimento da habilidade analítica, crítica e criativa.

O objetivo da pesquisa é que o aluno tenha a oportunidade de se aprofundar em temas variados e consiga desenvolver habilidades analíticas (analisar e decompor um problema), críticas (encontrar possíveis falhas no arranjo atual) e criativa (desenvolver uma possível solução para aquela situação analisada). Neste sentido, o trabalho deverá ser original – isto é, não pode ser a explicação de temas que tenham sido lecionados naquela matéria, como um simples "resumo" das aulas. Alternativamente, o trabalho pode ser uma investigação empírica, buscando operacionalizar conceitos apreendidos,



de modo a observar fenômenos do mundo real, sistemática e metodologicamente, justificando a realização do trabalho^{24 25}.

O mecanismo de avaliação será realizado em três etapas consecutivas: (i) *blind review* por alunos voluntários; (ii) avaliação pelo assistente acadêmico; e (iii) avaliação pelo professor orientador. As notas serão atribuídas unicamente nas etapas (ii) e (iii), de modo que a primeira é responsável apenas por indicar as críticas pertinentes ao artigo.²⁶

Este processo opcional de *blind peer review* estudantil é extremamente importante. Qualquer estudante matriculado nas matérias inscritas no programa daquele semestre poderá se voluntariar para ser um *blind reviewer*. Ele receberá um trabalho não identificado e deverá apontar falhas da pesquisa. Se a banca avaliadora considerar o parecer do *blind reviewer* útil, poderá conceder até meio ponto em sua nota naquela matéria.

Um modelo alternativo para que os alunos se sintam incentivados a participar do programa é substituir o modelo de avaliação por uma apresentação dos melhores trabalhos nos seminários de pesquisa da FGV Direito Rio, de modo que os alunos poderão obter *feedback* da comunidade jurídica²⁷. Com isto, os melhores trabalhos poderiam ser publicados na *Coleção Jovem Jurista*. Juntamente a estes incentivos de publicação e contato com a comunidade acadêmica, poderão ser concedidas horas complementares aos melhores alunos.

Por fim, com qualquer um dos pacotes de incentivo – substituição da prova de uma disciplina pelo *paper* ou a possibilidade de publicação com horas complementares – os alunos poderão desenvolver algumas das habilidades essenciais ligadas à *habilidade de pesquisa* e, com isso demonstrar para a comunidade jurídica que devemos incentivar os alunos a serem *autodidatas* e formados com base no desenvolvimento de habilidades.²⁸

²⁴ Como sabemos que durante o primeiro e segundo períodos da faculdade, os alunos ainda não têm determinados conhecimentos basilares para a realização de uma pesquisa acadêmica, nestes períodos não haverá a possibilidade de participação no Programa de Artigo de Pesquisa.

²⁵ Como exemplos de pesquisas que podem ser desenvolvidas pelos participantes do programa, pode-se investigar a tributação de serviços *on-demand* (como Netflix e Spotify), em Direito Tributário, ou o conhecimento da população carioca – aferido a partir de questionários – sobre seus direitos enquanto consumidores, em Direito do Consumidor.

²⁶ Sugerem-se os seguintes critérios de avaliação: (i) concisão e clareza do texto; (ii) qualidade da pesquisa bibliográfica; (iii) qualidade e relevância da pesquisa empírica ou da reflexão original trazida pelo texto; (iv) se tratar-se de pesquisa empírica, a qualidade dos dados obtidos; (v) o rigor metodológico empregado na pesquisa.

²⁸ Esta proposta não pretende substituir as oficinas de pesquisa tampouco os programas de iniciação científica. Há particularidades apresentadas anteriormente que a diferencia das oficinas e há duas distinções em relação ao programa de iniciação científica: (i) este é muito voltado para a área de estudo dos professores *tempo integral* da faculdade, o que gera falta de interesse pelos alunos e também é algo visto como voltado para pessoas que querem seguir carreiras acadêmicas; (ii) há uma grande desvirtuação desses programas, de modo que o aluno muitas vezes não é incentivado a pensar na

Em suma, o problema identificado neste trabalho é que a FGV DIREITO RIO não está adequadamente voltada para o desenvolvimento de habilidades, mas ainda para a apreensão de conteúdo. Uma das habilidades essenciais em nossa visão é de aprender a pesquisar, como parte integrante do processo de aprendizado. Com isso, propomos uma solução que incentive os alunos na realização de pesquisas de forma integrada à própria grade curricular.

Referências:

MANGABEIRA, Unger. *Uma nova faculdade de Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2005.

RIBEIRO, Gustavo; VARGAS, Daniel. O *Global Legal Education Forum*: Mapeando uma nova crise no ensino jurídico e construindo uma agenda propositiva. In: *Cadernos FGV DIREITO RIO*, v. 9. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2014.

VARGAS, Daniel. Jurista Criativo. In: *Cadernos FGV DIREITO RIO*, v. 9. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2014.

estrutura de sua pesquisa, mas sim realizar tarefas indicadas por algum professor, o que nos reconduz à passividade identificada como obstáculo à proposta da FGV Direito Rio.



REFLETINDO SOBRE O ENSINO JURÍDICO NO MESTRADO EM DIREITO DA REGULAÇÃO

REFLECTING ON THE LEGAL EDUCATION IN MASTER IN REGULATORY LAW

SERGIO GUERRA¹

RESUMO: A FGV, diferentemente do que muitos pensam, e em que pese sua missão de contribuir com “bens públicos”, sob a ótica econômica, para o desenvolvimento nacional, é uma instituição privada. Foi criada em 1944 com o objetivo de ser um centro de excelência voltado para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil. O foco, na ocasião, era a economia, a administração pública e de empresas. A missão final da FGV era (e ainda é) contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país, para a melhoria dos padrões éticos nacionais, para uma governança responsável e compartilhada e para a inserção do Brasil no cenário internacional. Como decorrência da crise de financiamento do Estado e do processo de redemocratização dos anos 1980, o histórico modelo intervencionista brasileiro, fortemente ancorado na atuação direta do Estado sobre a economia, cedeu espaço a um modelo temperado, em que o poder público passa a atuar principalmente por meio da intervenção indireta sobre os mercados, através de normatização, fomento e fiscalização: regulação. Assim, a criação do mestrado acadêmico em Direito da Regulação mostrou-se um caminho natural. O presente texto visa compartilhar com os leitores o registro de minha experiência docente e de coordenação do mestrado em direito da regulação, da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

PALAVRAS-CHAVE: Direito regulatório; Ensino jurídico; Pesquisa jurídica.

ABSTRACT: FGV, unlike many think, and despite its mission to contribute "public goods", from the economic point of view, for national development, is a private

¹ Diretor, Professor Pesquisador Titular de Direito Administrativo da FGV DIREITO RIO. E-mail: sergio.guerra@fgv.br



institution. It was created in 1944 with the aim of being a center of excellence focused on the socioeconomic development of Brazil. The focus, at the time, was economy, public administration and business. The final mission of FGV was (and still is) to contribute to the socioeconomic development of the country, to the improvement of national ethical standards, to responsible and shared governance and to Brazil's insertion in the international arena. As a result of the state financing crisis and the 1980s redemocratization process, the historical Brazilian interventionist model, strongly anchored in the State's direct action on the economy, gave way to a temperate model in which the public power began to act mainly through indirect intervention on the markets, through regulation, promotion and supervision: regulatory law. Thus, the creation of the academic master's degree in Regulatory Law has proved to be a natural path. The present text aims to share with the readers the record of my teaching experience and coordination of the master's degree in Regulatory Law, of the Fundação Getúlio Vargas - FGV.

PALAVRAS-CHAVE: Regulatory law; Legal education; Legal research.

I. INTRODUÇÃO

O presente texto visa compartilhar com os leitores o registro de minha experiência docente e de coordenação do mestrado em direito da regulação, da Fundação Getúlio Vargas – FGV.²

A FGV, diferentemente do que muitos pensam, e em que pese sua missão de contribuir com “bens públicos”, sob a ótica econômica, para o desenvolvimento nacional, é uma instituição privada. Não tem fins lucrativos, tendo sido criada em 1944 com o objetivo de ser um centro de excelência voltado para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil. O foco, na ocasião, era a economia, a administração pública e de empresas.

Com mais de 70 anos de existência, a FGV consolidou-se como um centro de excelência acadêmica, com intensa, marcante e extensa produção intelectual. Sua missão institucional é avançar as fronteiras do conhecimento na área das ciências sociais e afins, produzindo e transmitindo ideias, dados e informações, além de conservá-los e sistematizá-los.

² Parte das informações que compõem o presente texto foi submetida à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), fundação do Ministério da Educação (MEC), com a participação do Professor Doutor Fernando Leal, docente e atual coordenador do Mestrado em Direito da Regulação.



A missão final da FGV é contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país, para a melhoria dos padrões éticos nacionais, para uma governança responsável e compartilhada e para a inserção do Brasil no cenário internacional.

A FGV surgiu no contexto em que Getúlio Vargas, visando burocratizar a administração pública, criou o Departamento de Administração e Serviço Público – DASP, que, por sua vez, comandou mudanças significativas no funcionalismo estatal.³ Foi com Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes que a racionalização foi instituída na máquina pública, estruturada por meio de carreiras burocráticas na tentativa de serem preenchidas por concurso público. A ideia era a de modernizar a burocracia no âmbito da política e do aparato administrativo do Estado Novo.⁴

Diante das novas atividades assumidas pelo governo, a missão do DASP era formar quadros técnicos que deveriam ser capazes de dinamizar a máquina pública. Segundo Frederico Lustosa da Costa,⁵ o DASP foi efetivamente organizado em 1938, com a missão de definir e executar a política para o pessoal civil, inclusive a admissão mediante concurso público e a capacitação técnica do funcionalismo, promover a racionalização de métodos no serviço público e elaborar o orçamento da União.

Essa primeira experiência de reforma de largo alcance inspirava-se no modelo *weberiano* de burocracia e tomava como principal referência a organização do serviço norte-americano.

³ “O DASP representou a concretização desses princípios, já que se tornou a grande agência de modernização administrativa, encarregada de implementar mudanças, elaborar orçamentos, recrutar e selecionar servidores, treinar o pessoal, racionalizar e normatizar as aquisições e contratos e a gestão do estoque de material. O DASP foi relativamente bem-sucedido até o início da redemocratização em 1945, quando houve uma série de nomeações sem concurso público para vários organismos públicos. A liberdade concedida às empresas públicas, cujas normas de admissão regulamentadas pelos seus próprios estatutos tornavam facultativa a realização de concursos foi em parte responsável por tais acontecimentos.” COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 42(5):829-74, set/out. 2008.p. 846.

⁴ Nome do regime político, centralizado e autoritário, surgido com a promulgação da Constituição Federal de 1937, que apresentou o seguinte texto inicial: “ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: ...”

⁵ COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 97.

Tudo começa, naquela nação do norte, com a crise decorrente da Grande Depressão (*Great Depression*), ocorrida na década de 1930, que acabou por levar à criação de muitas agências governamentais. Em que pese a existência de entes reguladores desde o século XVIII, foi no Governo do Presidente *Franklin D. Roosevelt*, primo de *Theodore Roosevelt*, sob a forma de um programa conhecido como *New Deal*, em que o Poder Executivo e o Congresso estruturaram a máquina estatal para enfrentar os enormes e complexos problemas sociais e econômicos que o país enfrentava.⁶

O programa resultou na estruturação de uma burocracia federal, bem diferente do antigo modelo denominado *spoil system*, em que os cargos públicos eram preenchidos pelos partidos políticos vencedores das eleições. Roosevelt criou uma Comissão (*Committee on Administrative Management*), que ficou popularmente conhecida como *Brownlow Committee*, por ter sido comandada por *Louis Brownlow*.

O trabalho consistia em analisar a organização do poder executivo e sugerir soluções para grandes problemas que afetavam a governança estatal.

O relatório *Brownlow*, concluído em 1937, fez diversas recomendações, incluindo a criação de um órgão (*The Executive Office of the President - EOP*), que reunisse as atividades do poder executivo, tais como orçamento, eficiência, pessoal e planejamento.

O Congresso rejeitou algumas propostas contidas no relatório *Brownlow*, mas aprovou a criação do EOP, por meio do *Reorganization Act* de abril de 1939. O principal benefício dessa inovação, trazida pelo relatório *Brownlow*, consistiu na estruturação de um órgão de apoio direto da presidência da república. Lançou as bases para a estrutura administrativa básica, que permitiria o gerenciamento das inúmeras e diversas atividades afetas ao poder executivo.

Nesse contexto, destaque-se no Brasil a criação da Fundação Getúlio Vargas, também sob a inspiração de Luís Simões Lopes, então presidente do DASP. A ideia foi criar uma fundação dedicada ao estudo e ao ensino dos problemas de administração. Sua criação data de 20 de dezembro de 1944, com recursos financeiros de órgãos públicos e de empresas privadas.

A FGV começou atuando na área de economia em 1946, sob a liderança de Eugênio Gudin. O Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) foi criado em 1951, a Escola Brasileira de Administração Pública (EBAP), hoje Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas (EBAPE), em 1952, no Rio de Janeiro. A Escola de Administração de Empresas (EAESP) foi criada em 1954, em São Paulo. Depois, vieram a Escola de Pós-Graduação em Economia (EPGE), em 1966 e o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), em 1973. Em 2002 foram criadas as Escola de Economia de São Paulo (EESP), Escolas de Direito de São Paulo (DIREITO SP) e do Rio de Janeiro (DIREITO RIO), em 2002. A FGV/EMAp - Escola de Matemática Aplicada - foi criada em 2011 para o desenvolvimento de uma matemática contemporânea, adaptada aos desafios da era da informação e do conhecimento.

⁶ Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p.152.



Tanto o DASP quanto a FGV são considerados importantes atores na estruturação do princípio do mérito profissional no âmbito das carreiras de Estado⁷, sempre devendo destacar a forma de organização pública hierarquizada.⁸

Marca de pioneirismo e ousadia, a FGV inaugurou no Brasil a graduação e a Pós-Graduação *stricto sensu* em Administração Pública e Privada, bem como cursos de pós-graduação em Economia, Psicologia, Ciências Contábeis, Ciências Sociais e Educação. A FGV também contribuiu para as bases de uma economia bem fundamentada, a partir da elaboração do balanço de pagamento, das contas nacionais e dos índices econômicos. Iniciativas como essas ajudaram o profissional em busca de formação e até o cidadão comum a entenderem melhor o desempenho econômico e social brasileiro.

II. A FGV DIREITO RIO

A criação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, em 2002, não se afastou dos objetivos centrais da FGV. A FGV Direito Rio foi criada com a tarefa desafiadora de inovar no ensino jurídico, na pesquisa, na didática e no currículo de um curso de Direito. Seu propósito maior era – e permanece sendo – contribuir para a formação de lideranças para pensar o Brasil em longo prazo.

Hoje, cerca de dezessete anos após a sua fundação, a Escola já pode ser considerada referência no país, de conteúdo e metodologia de ensino e de pesquisa. Para a realização de seus objetivos institucionais são desenvolvidas ações principalmente em duas frentes: (i) ensino, por meio do oferecimento de cursos de Direito nos níveis de graduação, pós-graduação (*Lato e Stricto Sensu*) e educação continuada, e (ii) pesquisa, por meio do desenvolvimento de projetos de pesquisa com a participação de discentes da graduação e da pós-graduação, docentes dos centros de pesquisa da FGV Direito Rio e de outras instituições parceiras.

A FGV Direito Rio inova ao optar por uma metodologia participativa, em que o aluno não é somente espectador, mas sujeito ativo na construção do conhecimento. Isso significa uma metodologia de ensino dinâmica, que privilegia o debate em vez das aulas puramente expositivas. Assim ocorre no chamado método socrático, base didática da Escola, que permite que os alunos sejam também avaliados por suas contribuições em sala de aula. Várias técnicas participativas são utilizadas, tais como o método de estudo e apresentação de casos concretos, dinâmicas de grupo, todas realizadas em um ambiente de interatividade entre aluno e professor em turmas com número limitado de alunos.

⁷ Conforme Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM.

⁸ O DASP, segundo Bianor Cavalcanti, foi um instrumento de exercício do poder central autoritário, embora comprometido com o projeto desenvolvimentista, não tendo, portanto, escapado das influências culturais condicionantes. CAVALCANTI, Bianor Scelza. *O gerente equalizador: estratégias de gestão no setor público*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 46.



É nesse ambiente de efervescência acadêmica, inovação no ensino do direito, preocupação com o aprimoramento das instituições nacionais e intenso diálogo internacional que se insere o programa de mestrado em direito da regulação da FGV Direito Rio.

III. MESTRADO EM DIREITO DA REGULAÇÃO

O programa de mestrado em Direito da Regulação revelou-se um caminho natural tendo em vista (i) a organização interna da FGV Direito Rio, que se estrutura em torno de quatro centros de pesquisa com agendas em grande parte voltadas ao fenômeno regulatório, (ii) a produção intelectual do seu corpo docente e (iii) os cursos, eventos e iniciativas de inserção social levados adiante na Escola de Direito da FGV desde o seu início.

O mestrado em Direito da Regulação tem por principal objetivo contribuir para o aprimoramento da pesquisa nacional na área regulatória, visando a ser uma referência no Brasil e no exterior na área. Para tanto, o programa pretende desenvolver estudos destinados à compreensão adequada dos diferentes aspectos por trás do exercício de atividades regulatórias e propor soluções para lidar com os problemas gerais e setoriais da regulação.

Além dos programas de graduação e pós-graduação em Direito oferecidos em âmbito nacional, a FGV Direito Rio dispõe de convênios com universidades nacionais e estrangeiras que possibilitam a seus docentes e discentes participarem de seminários, palestras e intercâmbios no exterior e em outras universidades nacionais. Dentre as instituições parceiras sobressaem-se a *Harvard Law School*, *Yale Law School*, *Science Po Paris*, *New York University* e a Universidade de Coimbra. Na mesma linha de expansão internacional da graduação, o mestrado em direito da regulação busca constantes parcerias no exterior, que sejam capazes de garantir o aumento do fluxo de docentes e discentes e o estabelecimento de projetos comuns de pesquisa. Busca expandir, assim, as fronteiras de sua atuação e contribuindo para que o programa se torne referência internacional em temas relacionados ao direito da regulação e à realidade regulatória brasileira.

As pesquisas da FGV Direito Rio, de acordo com sua natureza, vêm sendo desenvolvidas dentro dos Centros de Pesquisa, a saber: Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE) – criado em 2009, é um centro de estudos que tem por objetivo realizar pesquisas interdisciplinares nas áreas de interseção entre o Direito e a Economia, promovendo análises e discussões sobre os efeitos esperados de normas e decisões jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos e o desenvolvimento socioeconômico do País. São membros efetivos do CPDE professores da Escola de Direito do Rio de Janeiro, que contam com a colaboração de professores da Escola de Direito de São Paulo (Direito SP) da Fundação Getúlio Vargas e das Escolas de Economia do Rio de Janeiro e de São Paulo, também da Fundação Getúlio Vargas. Completam a equipe estagiários graduandos em Direito pela FGV Direito Rio e Economia pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da FGV Rio. Os

pesquisadores associados do CPDE atuam em Grupos de Trabalho para o desenvolvimento de linhas de pesquisa acadêmica. Os resultados de seus estudos são divulgados por meio da publicação de artigos acadêmicos em periódicos renomados e matérias publicadas mensalmente na revista *Conjuntura Econômica*, produzida pelo Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas. Além disso, o Centro procura propiciar a tradução e/ou revisão técnica de textos clássicos da literatura internacional nas áreas de direito e economia.

Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) – criado em 2004, o CJUS tem a missão de produzir conhecimento sobre o papel institucional e o modo de funcionamento do Poder Judiciário e das outras instituições do sistema de justiça. As atividades do Centro são orientadas não somente para a produção de conhecimento, mas também para colaborar com a modernização do Judiciário e das instituições do sistema de justiça, assim como fomentar a pesquisa e o desenvolvimento das carreiras jurídicas na área pública. Neste sentido, o CJUS conta com o apoio de diversos tribunais, empresas e instituições do terceiro setor. O DNA do CJUS está ligado, desde o início, tanto à análise compreensiva e à visão transformadora do sistema de justiça, como ao municiamento dos membros desse sistema e de toda a sociedade civil com informações e propostas de melhoria dos indicadores relacionados à efetivação da justiça visando à consolidação da democracia no país. O Centro reúne pesquisadores dedicados ao estudo e discussão de temas ligados a: (i) modernização administrativa das instituições do sistema de justiça brasileiro (novas formas de gestão e novas práticas judiciais), (ii) acesso da sociedade aos serviços jurisdicionais e configuração de novas demandas de acesso à Justiça, (iii) redução de litigância e soluções alternativas na resolução de conflitos, (iv) políticas públicas e promoção de direitos sociais a partir do sistema de justiça, (v) relações entre Justiça, Política e Sociedade, e (vi) produção e sistematização de estatísticas sobre o sistema de justiça brasileiro. Além da realização de pesquisas, o centro visa difundir conhecimento e provocar discussões sobre desenho de pesquisa e utilização de metodologias empíricas de pesquisa no campo do Direito, voltados à compreensão, reforma e formulação de análises e diagnósticos sobre o Poder Judiciário brasileiro e as demais instituições que compõem o sistema de justiça.

Centro de Direito e Meio Ambiente (CDMA) – tem a missão institucional de produzir conhecimentos inovadores para aprimorar e consolidar cada vez mais o direito ambiental nacional e internacional, sob uma perspectiva aberta e interdisciplinar. Por meio de diversos instrumentos jurídicos, tais como o direito constitucional, administrativo, civil e internacional, busca-se aprimorar o direito ambiental para que ele se adéque à complexidade do regime constitucional brasileiro e das diferentes demandas e interesses que pautam as relações internacionais. Outras áreas do conhecimento como a economia e as ciências sociais estão diretamente ligadas às pesquisas do programa. O CDMA tem como foco estudar e promover a efetividade do direito ambiental. Para tanto, os métodos empíricos e a análise jurisprudencial são privilegiados para que os estudos sejam coerentes com a realidade. Além disso, parcerias com atores ligados a políticas ambientais são priorizadas. A sociedade civil organizada, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o setor produtivo são parceiros potenciais do CDMA.

Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) – fundado em 2003, o CTS tem a missão institucional de estudar as implicações jurídicas, sociais e culturais advindas do avanço das tecnologias da informação e da comunicação. Suas atividades são desenvolvidas com foco na investigação acadêmica e na divulgação científica que possam impactar a formação de políticas públicas comprometidas com a democracia, os direitos fundamentais e a preservação do interesse público no progresso tecnológico. Suas pesquisas e publicações são conduzidas por pesquisadores com formação não apenas jurídica. A diversidade de especializações permite que os projetos contem com uma perspectiva multidisciplinar, abrangendo temas diversos e pouco usuais em centros de estudos jurídicos. O CTS mantém ampla interlocução com parceiros externos, dialogando com governo, sociedade civil, empresas e outras instituições de ensino. Por possuir experiência em processos de discussão legislativa por meio de plataformas digitais, participa ativamente na elaboração de projetos de lei e demais políticas públicas no Brasil e no exterior.

O Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação ajusta-se às políticas de pesquisa da FGV Direito Rio e aos objetivos de formação de pesquisadores de alto nível que estejam aptos a associar sólida base científica, adquirida no programa e nos projetos de pesquisa, para colaborar na solução das demandas nacionais e globais.

As relações entre os centros de pesquisa e o mestrado em direito da regulação tornam-se evidentes quando o foco recai sobre as suas duas linhas de pesquisa: Governança Regulatória; Instituições, Justiça e Economia; Intervenção e Estratégias Regulatórias.

As conexões entre os centros de pesquisa e o mestrado se revelam em duas perspectivas diferentes. De um lado, a concepção do programa de mestrado inspirou-se nas partes das agendas de pesquisa dos centros que tocassem a área regulatória. Neste aspecto, o mestrado organizou-se, desde o início, de modo a aproveitar a estrutura de pesquisa existente na Escola. De outro, e em razão dessa conexão, o programa de mestrado influencia e é permanentemente influenciado pelas iniciativas e projetos de pesquisa desenvolvidos por docentes e discentes, de graduação e pós-graduação, nos centros da FGV Direito Rio.

Essa relação de mão-dupla potencializa a produção científica de qualidade no âmbito do mestrado e cria mais espaços de interação entre o mestrado e as áreas de pesquisa da FGV Direito Rio, o que permite que os alunos de graduação e pós-graduação possam se beneficiar rapidamente dos dados e reflexões presentes nos trabalhos dos professores vinculados ao programa.

IV. PROJETO DE MESTRADO ACADÊMICO

Como decorrência da crise de financiamento do Estado e do processo de redemocratização dos anos 1980, o histórico modelo intervencionista brasileiro, fortemente ancorado na atuação direta do Estado sobre a economia, cedeu espaço a um modelo temperado, em que o poder público passa a atuar principalmente por meio

da intervenção indireta sobre os mercados, através de normatização, fomento e fiscalização.

Uma visão abrangente do Direito da Regulação inclui a disciplina jurídica dos valores essenciais compartilhados pela sociedade brasileira, tais como o direito à saúde, à educação, ao meio ambiente sustentável, ao acesso às novas tecnologias e ao sistema jurisdicional. Observa-se o aprofundamento das diversas formas de parcerias entre a Administração Pública, o mercado e a sociedade civil, requerendo maior reflexão acerca dos institutos e instituições necessários à boa regulação.

A criação do mestrado acadêmico em Direito da Regulação mostrou-se um caminho natural a ser seguido tanto em razão da importância do tema no contexto do país, assim como pelas pesquisas realizadas na FGV Direito Rio em setores regulatórios. Essas pesquisas foram importantes, primeiramente, para a idealização e, posteriormente, para a concretização do mestrado.

O interesse da Escola em direito da regulação pode ser notado, porém, não só no desenvolvimento de pesquisas relacionadas às diversas dimensões do tema, mas também pode ser observado no âmbito do ensino com a experiência bem-sucedida do LLM em Direito do Estado e da Regulação uma pós-graduação *lato sensu*, oferecida desde 2005.

Nesse cenário, a opção pela criação de um programa de mestrado na área de direito da regulação representou a formalização de um espaço para a produção, aprofundamento e divulgação de ideias que já inspiravam as áreas centrais da FGV Direito Rio. “Direito da regulação” e os múltiplos aspectos que tocam direta ou indiretamente a atividade regulatória são, no fundo, temas que estão presentes e orientam a agenda de pesquisa de professores e da própria instituição. Isso se torna evidente quando se adota uma perspectiva mais ampla sobre o fenômeno regulatório. Regulação pode ser definida como um conjunto de “técnicas administrativas consubstanciadas em normas destinadas à organização do sistema econômico ou que geram efeitos sobre o sistema econômico”.⁹

Ademais, regulação também se refere (i) a um específico conjunto de regras destinado a realizar certos objetivos e a ser aplicado por uma instituição desenhada para atingir esses propósitos, (ii) a todas as ações estatais desenhadas para influenciar o comportamento social ou negocial ou (iii) todos os mecanismos que afetam comportamentos, independentemente de terem ou não origem estatal.¹⁰

Sob todas essas perspectivas, a atividade regulatória ganha contornos muito mais amplos, o que exige e, ao mesmo tempo, justifica perspectivas inter e multidisciplinares para que se possa compreender plenamente o fenômeno regulatório. É com esse propósito que o programa de mestrado em direito da regulação da FGV Direito Rio foi concebido e está estruturado para fomentar o desenvolvimento de pesquisas que enfrentem não apenas temas relacionados ao funcionamento de setores regulados e ao papel do Estado na implementação de mecanismos de incentivo

⁹ MATTOS, Paulo. O novo estado regulador no Brasil. São Paulo: Singular, 2006, p. 33, nota 7.

¹⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. 2nd. Ed. Oxford: OUP, 2012, pp. 2-3.



para orientar o comportamento de agentes econômicos de modo a possibilitar o alcance de resultados desejáveis e a impedir a ocorrência de resultados indesejáveis.

A riqueza da agenda regulatória também requer o enfrentamento de temas e problemas diversos, como os que dizem respeito (i) ao papel do Estado na economia, (ii) aos programas e limites constitucionais que afetam e deveriam influenciar o desempenho das atividades estatais, (iii) à tomada de decisão regulatória e à interpretação de normas, (iv) ao controle da atividade regulatória, (v) aos arranjos institucionais atuais e às alternativas de modelo regulatório, (vi) à compreensão das diversas formas de diálogo entre o direito e a economia, (vii) às relações entre incentivos regulatórios e o desempenho de atividades empresariais, (viii) às diversas formas de interação entre órgãos reguladores e outros poderes, (ix) à estrutura das normas que concretizam opções regulatórias, (x) a dimensão política da regulação e a legitimidade democrática da ação regulatória, (xi) aos aspectos epistêmicos subjacentes a escolhas regulatórias e ao desenvolvimento de teorias sobre a intensidade de controle dessas escolhas, (xii) às estruturas de governança que favorecem a responsividade de agentes reguladores e regulados e (xiii) aos aspectos penais e tributários da regulação. Esses são apenas exemplos de assuntos que podem compor um programa de pesquisa ao mesmo tempo amplo e profundo sobre as inúmeras dimensões relacionadas à regulação.

Na parte referente à governança regulatória, merece registro que o modelo de agencificação nacional é uma reprodução (parcial) do padrão existente nos Estados Unidos da América. Enquanto, no Brasil, a primeira agência teve sua lei de criação editada em 1996,¹¹ o modelo norte-americano surgiu em 1887, com a *Interstate Commerce Commission* – ICC.¹² Para efeitos históricos, a ICC marca o início da implantação desse padrão burocrático na regulação de atividades econômicas, envolvendo o complexo sistema ferroviário que ultrapassava as fronteiras dos estados da federação.

Em que pese a ICC marcar o início dessa fase, vale registrar que já havia, nos Estados Unidos da América, intervenção estatal indireta sobre atividades econômicas desde meados do século XIX, com a regulação do transporte por barcos a vapor (*steamboat inspectors*).¹³

Diante das características dessas novas autarquias brasileiras, e se não há dúvidas de que o modelo de agencificação nacional está próximo ao sistema de agências reguladoras independentes dos Estados Unidos da América,¹⁴ justifica-se a realização

¹¹ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

¹² Para compreender o contexto em que foi criada a ICC, recomenda-se as seguintes obras: KOLKO, Gabriel. *Railroads and regulations: 1877 – 1916*. New York: The Norton Library, 1965. p. 45 ss, e FELLMETH, Robert. *The interstate commerce omission*. New York: Grossman Publishers, 1970.

¹³ Conforme amplo levantamento histórico elaborado pelo Professor da Yale Law School, Jerry Mashaw, e constante da sua obra *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of American administrative law*. New Haven: Yale University Press, 2012, p. 314.

¹⁴ A estrutura detalhada do sistema regulatório norte-americano pode ser conferido em CASS, Ronald A. *et al. Administrative law*. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

de pesquisas sobre o sesquicentenário modelo norte-americano, de viés progressista¹⁵, sob a ótica comparada.

Tendo passado por diversas fases durante a sua história republicana, o longo modelo de agencificação estadunidense é muito rico, contendo elementos que podem contribuir no esclarecimento de certas incompreensões sobre o padrão regulatório brasileiro.

V. CARACTERÍSTICAS DO CORPO DOCENTE

Visando enfrentar os temas antes apontados, adequadamente, o programa de Mestrado em Direito da Regulação reúne professores com formações distintas que podem contribuir para o desenvolvimento da pesquisa acadêmica na área de concentração. Essas formações passam pela economia, a ciência política, a teoria do direito, a teoria constitucional, a teoria do Estado, o direito da concorrência, o direito empresarial, o direito tributário, o direito penal, o direito ambiental e, naturalmente, o direito administrativo.

Todos esses conhecimentos convergem, no fundo, para que a formação discente e as pesquisas docentes contribuam para o enfrentamento, sob uma perspectiva inovadora, dos inúmeros problemas atuais e potenciais vinculados à atividade regulatória. Metodologicamente, por fim, o programa abre espaço para investigações empíricas, tanto quantitativas como qualitativas e estudos de direito comparado.

VI. LINHAS DE PESQUISA E ATIVIDADE DISCENTE

A área de concentração em Direito da Regulação é composta por duas linhas de pesquisa de suma importância para o atual cenário de mudanças e de desenvolvimento do Estado Regulador Brasileiro: Governança Regulatória, Instituições, Justiça e Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias. Todas as

¹⁵ Susan Rose-Ackerman adverte que, para os progressistas, o moderno sistema estatal regulatório é o eixo do direito norte-americano: "For progressives, the modern regulatory-welfare state is at the heart of American Law." ROSE-ACKERMAN, Susan. *Rethinking the progressive agenda: the reform of the American regulatory state*. New York: The Free Press, 1992. p. 3. O movimento progressista ocorreu basicamente pela atuação da classe média e cidadãos localizados em áreas urbanas chocados com a corrupção e fraudes no campo político da virada do século XIX. A solução para esses problemas seria a criação de agências de modo que as decisões sobre o controle de determinadas atividades industriais fossem decididas por *experts*, de forma racional e livres das pressões partidárias. Cf. BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. 2. tir. New Jersey: Princeton University Press, 1955. p. 35. Sobre as críticas ao movimento progressista, ver a obra: EPSTEIN, Richard A. *How progressives rewrote the constitution*. Cato Institute: Washington, 2001. p. 52 ss. Esse autor é um dos maiores defensores da tese de retorno do papel estatal ao viés liberal clássico sobre a economia. Ver, ainda, do mesmo autor, EPSTEIN, Richard A. Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 3, 2006. p. 491-515.

linhas, como exposto, abrangem as principais linhas de investigação da FGV Direito Rio, as áreas de atuação dos professores do programa e todos os aspectos da concepção ampla de regulação que inspira a construção e o funcionamento do programa.

A maturidade científica do corpo docente selecionado para o programa de Mestrado em Direito pode ser verificada pelos resultados apresentados na forma de artigos científicos, livros, organização de congressos nacionais e internacionais e apresentação de trabalhos em eventos. Ademais, a estrutura curricular proposta alinha-se diretamente à experiência e capacidade docentes e aos objetivos propugnados nos projetos de pesquisa em desenvolvimento e já concluídos.

O Programa em Direito da Regulação foi credenciado pela CAPES em março de 2013 e sua primeira turma teve início em 2014. Destaca-se pela sua proposta inovadora e pioneira, pois é o primeiro Mestrado em Direito da Regulação, com área de Concentração em Direito da Regulação a ser oferecido no Brasil. Além disso, auxilia no atendimento de demanda de formação de pesquisadores no Estado do Rio de Janeiro.

O programa de Mestrado conta com um programa de concessão de Bolsas de Estudos aos discentes que demonstrem, dentre outros critérios, a excelência acadêmica. São três modalidades de bolsas de estudos – quotas do PROSUP da CAPES, da FAPERJ para Programas emergentes, e recursos da própria FGV Direito Rio. O Mestrado em Direito da Regulação privilegia, ainda, os discentes que possam se dedicar integralmente às atividades para obtenção dos créditos acadêmicos formais, que abrangem tanto o cumprimento das disciplinas como para a participação em atividades supervisionadas, que compreendem os projetos de pesquisa, estágio de docência, participação em seminários de pesquisa e grupos de estudo.

Vale dizer que os docentes e discentes do programa de Mestrado em Direito da Regulação são permanentemente estimulados a publicarem, individual ou coletivamente, em meios de comunicação e periódicos especializados e a participarem de eventos, simpósios e congressos nacionais ou estrangeiros.

O programa de Mestrado faz parte da REDISCURSUS – Rede de Pesquisa em Direito, Instituições e Desenvolvimento criada com o objetivo de propor atividades de pesquisa e intercâmbio de docentes e discentes entre programas de pós-graduação stricto sensu membros. As linhas de pesquisa definidas para o desenvolvimento de pesquisas acadêmicas são: (i) Mundialização, Cultura e Novos Direitos – palavras-chave: direitos humanos, governança, regionalismos e tecnologia, (ii) Direito, Desenvolvimento e Sustentabilidade – palavras-chave: desenvolvimento humano, políticas públicas, meio ambiente e risco, e (iii) Instituições e Desenvolvimento – palavras-chave: direito e economia, direito e democracia, e desenhos institucionais.

VII. REFLEXÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 definiu, expressamente, os princípios a serem observados pelo Poder Legislativo e Poder Executivo na regulação econômica e social, cujos vetores, na primeira vertente, são a fiscalização, o incentivo e o planejamento não

obrigatório para o setor privado. Ao Estado permitiu-se atuar diretamente mediante a exploração de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A função de regulação não está detalhada na Constituição Federal. Por meio da regulação deve-se buscar a conformação da garantia de equilíbrio de um subsistema, por meio de mecanismos que garantam sua efetividade diante das falhas econômicas e oscilações sociais.

Uma das indagações que desponta sobre essa função diante da forte complexidade trazida pelas novas tecnologias é de como compreender e adotar níveis diferenciados e adequados de regulação estatal, gerando graus de intervenção estatal indireta sobre serviços públicos e atividades econômicas.

Ademais, com base nos objetivos e fundamentos da República, quando da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, o governo brasileiro apresentou um desenho de governança regulatória próximo ao sistema norte-americano. A ideia era reestruturar a Administração Pública, então organizada pelo Decreto-lei nº 200/67 aprovado durante o regime militar.

O mestrado em Direito da Regulação visa contribuir para a análise da complexa e efetiva construção de uma nova função regulatória brasileira, que, de um lado, leve em conta a sua própria história, se acople aos seus costumes e observe as suas peculiaridades jurídico-constitucionais. É, sobretudo, seja um instrumento que contribua para o ajuste do curso da governança estatal nos campos econômicos e sociais de forma mais republicana e democrática.

REFERÊNCIAS

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2nd. Ed. Oxford: OUP, 2012.

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. 2. tir. New Jersey: Princeton University Press, 1955.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. *O gerente equalizador: estratégias de gestão no setor público*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(5):829-74, set/out. 2008.

_____. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.



EPSTEIN, Richard A. *How progressives rewrote the constitution*. Cato Institute: Washington, 2001.

EPSTEIN, Richard A. Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 3, 2006.

FELLMETH, Robert. *The interstate commerce omission*. New York: Grossman Publishers, 1970.

KOLKO, Gabriel. *Railroads and regulations: 1877 – 1916*. New York: The Norton Library, 1965.

MASHAW Jerry. *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of American administrative law*. New Haven: Yale University Press, 2012.

MATTOS, Paulo. *O novo estado regulador no Brasil*. São Paulo: Singular, 2006.

MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*. Massachusetts: Harvard, 1984.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Rethinking the progressive agenda: the reform of the American regulatory state*. New York: The Free Press, 1992.



REFLETINDO SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DA FGV DIREITO RIO: O PERÍODO ENTRE 2014-2017

REFLECTING ON THE INTERNATIONALIZATION OF FGV DIREITO RIO: THE PERIOD BETWEEN 2014-2017

EDUARDO JORDÃO ¹

ANNA JOPERT ²

RESUMO: Este texto visa a apresentar os principais projetos e realizações da Coordenação de Relações Internacionais para a internacionalização da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), durante o mandato do primeiro coautor, entre outubro de 2014 e dezembro de 2017. Criada em 2002, a FGV Direito Rio rapidamente se estabeleceu como uma das mais importantes escolas de direito do Brasil. A sua missão consiste em formar profissionais preparados para atender às reais necessidades e expectativas da sociedade brasileira em tempos de globalização. A Coordenação de Relações Internacionais (CRI) é responsável por conduzir esse projeto. A área trabalha para que graduação e pós-graduação se projetem internacionalmente. As estratégias de internacionalização que serão apresentadas neste texto são: fomento ao intercâmbio internacional, oferta de aulas em idioma estrangeiro, criação do projeto de bolsas internacionais “*Fellows in Rio*”, oferta de cursos internacionais curtos e participação em *moot courts*. Além disso, será apresentado brevemente o projeto de internacionalização do programa de mestrado.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Ensino jurídico; Internacionalização; Relações Internacionais; Relações Institucionais.

¹ Coordenador de Relações Internacionais da FGV Direito Rio de outubro de 2014 a dezembro de 2017. Professor e Pesquisador vinculado ao Centro de Pesquisas em Direito e Econômica (CPDE). Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE).

² Ex-aluna da FGV Direito Rio e entusiasta do projeto de internacionalização da Escola, graduada em direito com formação complementar em relações internacionais pelo CPDOC/FGV, atualmente advogada associada a um escritório de grande porte no Rio de Janeiro, atuando na área internacional e nas práticas de óleo e gás, regulatório e infraestrutura.



ABSTRACT: This text aims to present the main projects and achievements of the Coordination of International Relations for the internationalization of the Rio de Janeiro Law School of the Getúlio Vargas Foundation (FGV Direito Rio), during the term of the first coauthor in the institution, between October 2014 and December 2017. Created in 2002, FGV Direito Rio quickly established itself as one of the most important law schools in Brazil. Its mission is to train professionals prepared to meet the real needs and expectations of Brazilian society in times of globalization. The International Relations Coordination (CRI) is responsible for conducting this project. The area works so that graduation and post-graduation are projected internationally. The internationalization strategies that will be presented in this text are: fostering international exchange, offering classes in foreign languages, creating the “Fellows in Rio” international scholarship project, offering short international courses and participating in moot courts. In addition, the internationalization project of the master's program will be presented briefly.

KEYWORDS: Education; Legal education; Internationalization; International Relations; Institutional Relations.

I. INTRODUÇÃO

Este texto visa a apresentar os principais projetos e realizações da Coordenação de Relações Internacionais para a internacionalização da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), durante o mandato do primeiro coautor, entre outubro de 2014 e dezembro de 2017.

Criada em 2002, a FGV Direito Rio rapidamente se estabeleceu como uma das mais importantes escolas de direito do Brasil. A sua missão consiste em formar profissionais preparados para atender às reais necessidades e expectativas da sociedade brasileira em tempos de globalização. A Coordenação de Relações Internacionais (CRI) é responsável por conduzir o projeto de internacionalização da Escola. A área trabalha como um meio para a graduação e a pós-graduação realizarem sua projeção internacional, servindo também como suporte para eventuais projetos isolados com alguma dimensão internacional. Além dos dois autores deste texto, a Coordenação de Relações Internacionais da FGV Direito Rio contou, durante o período relevante para o texto, com a assistência de Arthur Gonçalves, graduando em comunicação,



marketing e gestão, com ênfase em relações internacionais, pela Escola Superior de Marketing e Propaganda (ESPM) do Rio de Janeiro.

As estratégias de internacionalização que serão apresentadas neste texto são: fomento ao intercâmbio internacional, oferta de aulas em inglês, criação do projeto de bolsas internacionais “Fellows in Rio”, oferta de cursos internacionais curtos e participação em *moot courts*. Além disso, será apresentado brevemente o projeto de internacionalização do programa de mestrado.

II. INTERCÂMBIO INTERNACIONAL

A realização de um intercâmbio estudantil internacional aporta benefícios variados. Do ponto de vista acadêmico, trata-se de uma oportunidade de vivenciar o ambiente universitário de outros países e as suas formas de produzir conhecimento. No caso específico dos estudos jurídicos, o aluno obtém conhecimentos sobre formas diferentes de regular questões sociais e econômicas relevantes, circunstância que lhe permite avaliar e criticar com maior propriedade as opções do direito brasileiro. Do ponto de vista pessoal, a oportunidade é também extremamente enriquecedora. O aluno conhece pessoas diferentes, além de modos de vida distintos daqueles aos quais está acostumado, tendo contato com variadas culturas e realidades. Em resumo, o programa de intercâmbio contribui tanto para a formação profissional e acadêmica do aluno quanto para seu desenvolvimento pessoal.

Na FGV Direito Rio, os alunos possuem uma grande oferta de intercâmbio semestral, mas também de cursos de curta duração. Estes últimos incluem programas de duas semanas até três meses, proporcionando aos alunos uma breve inserção em um ambiente educacional estrangeiro. Tanto no caso dos intercâmbios de longa quanto de curta duração, a CRI busca compatibilizar o planejamento do aluno em termos de previsão e expectativa de graduação, de forma que a validação de créditos e planejamentos de avaliações escolares são analisados conjuntamente com a coordenação de graduação.

Para ampliação do leque de opções internacionais aos alunos da FGV Direito Rio, uma das principais atividades desenvolvidas pela CRI consistia na negociação com novos parceiros internacionais. Entre 2014 e 2017, foram firmados 27 novos convênios entre Universidades estrangeiras, totalizando 60. As parcerias da Escola incluem universidades tradicionais e institutos globais de renome mundial na área jurídica, como Harvard, Columbia, Yale e New York University, nos Estados Unidos, McGill e York, no Canadá, Science Po Paris e Sorbonne, na França, e o Instituto Max Planck, em Heidelberg, na Alemanha. Além disso, novas alianças estratégicas fora do eixo Estados Unidos-Europa incluem a Jindal Global Law School, na Índia, a New South Wales University, na Austrália, e a Universidade de Renmin, na China.

Para estimular maior engajamento dos alunos em atividades de dimensão internacional, em especial os programas de intercâmbio internacional, bem como compilar e munir os alunos com mais informações sobre as suas alternativas, a CRI tem intensificado os esforços de

propagação do blog “Diário de Bordo”. A cada semestre diversos alunos da FGV DIREITO RIO viajam para estudar e realizar intercâmbios em instituições parceiras em todo mundo. A CRI lhes pede que compartilhem um pouco de suas rotinas, impressões, recomendações, dicas e desafios vividos. Assim, os alunos registram suas experiências e realizações em páginas no site da Escola.

Os esforços de internacionalização no âmbito dos programas de intercâmbio têm gerado efeitos palpáveis. Há uma ampliação significativa, nos últimos anos, do número de alunos da Escola que saem do Brasil em intercâmbio, assim como do número de alunos estrangeiros que chegam ao Rio de Janeiro das mais diversas partes do mundo. Os números médios de alunos enviados por ano duplicou e o número de alunos recebidos quadruplicou entre 2014 e 2017.

III. AULAS EM OUTRAS LÍNGUAS

A naturalidade no manejo de idiomas estrangeiros é um ativo muito relevante para alunos formados num contexto de globalização. A realização de pesquisas acadêmicas, negociações e atividades forenses em inglês ou espanhol, por exemplo, tenderá a ser uma constante na vida profissional dos estudantes da FGV Direito Rio.

Por esta razão, desde 2015 a escola oferece aos seus alunos a oportunidade de cursar cursos de línguas em inglês e francês em troca de créditos, como atividades complementares durante o curso de graduação. O curso de francês inclui introdução à cultura francesa e possibilita continuação dos estudos na Universidade de Paris-Sorbonne, na França, por dois meses. A oportunidade envolve ainda participação em atividades culturais, adicionalmente à intensificação das aulas de francês e cultura francesa.

Além disso, a Escola passou a oferecer em todos os semestres pelo menos cinco matérias em língua estrangeira. Estas disciplinas complementam a lista de matérias em línguas estrangeiras que já eram ofertadas pelas escolas de Economia, Administração e Ciências Sociais da FGV – e que estão à disposição do aluno de Direito. Estes foram alguns dos cursos oferecidos no ano de 2015: *Culture Juridique Française; Comparative Constitutional Law; Internet and Telecommunications Law; Favelas: Law, Marginalization and Development; Social Creativity in the Global Context; International Tax for Global Businesses; E-Democracy Practice; Competition Policy in Digital Media; Corporate Compliance in Brazil; Citizenship: Membership, Rights and Equality e Regulatory Strategies*. No ano seguinte, as matérias que tiveram maior procura foram novamente ofertadas. Cursos adicionais sobre negócios com a China, técnica de produção legislativa e regulação de mercados financeiros em inglês foram adicionados.

Inicialmente, a Escola não encontrou resistência dos alunos de graduação, mas houve baixa adesão em comparação com o número de inscrições de alunos estrangeiros. A atual aceitação e o aumento da participação dos alunos brasileiros nas aulas oferecidas em idiomas estrangeiros foi fruto de trabalho de convencimento e divulgação, que buscou demonstrar aos alunos brasileiros os benefícios do desafio. Estes benefícios incluem a prática e o domínio de uma nova língua, o aprendizado das

particularidades acadêmicas em língua estrangeira, o exercício e treino para futuros intercâmbios e a possibilidade de imersão em um ambiente de sala de aula muito mais plural e globalizado.

Há mais um importante aspecto relacionado à oferta de aulas em línguas estrangeiras, principalmente em inglês, como instrumento de internacionalização da Escola. Muitas das parcerias estratégicas recém estabelecidas e das renovações de parcerias antigas dependeram da criação e ampliação dessa oferta de aulas em inglês, uma vez que muitos dos alunos internacionais interessados em estudar no Brasil não possuem um comando da língua portuguesa suficientemente grande para participar de aulas ministradas exclusivamente na língua nativa brasileira. Assim, a oferta de aulas em inglês foi determinante para ampliação do número de parcerias e de estrangeiros recebidos no âmbito do programa de intercâmbio internacional.

IV. PROJETO FELLOWS IN RIO

O Projeto “Fellows in Rio” consistiu em um programa de bolsas de pesquisa para um grupo seleto de doutores e doutorandos nacionais e estrangeiros, para realização de pesquisas na FGV Direito Rio pelo período de um semestre, em associação a um dos centros de pesquisa da Escola. Os investimentos são significativos, sendo os valores das bolsas competitivos em termos de mercado acadêmico internacional.

Os bolsistas selecionados participaram das diversas atividades da Escola, lecionando cursos de curta (semanais) ou longa (semestrais) duração e conduzindo seminários e grupos de estudo sobre temas atuais e de relevante interesse jurídico e social. Os pesquisadores foram ainda incentivados a participar de workshops internos e externos, expondo e debatendo os seus trabalhos em inglês, contribuindo para uma maior internacionalização do ambiente acadêmico. Dentre os benefícios esperados com a implementação do projeto, é possível destacar a perspectiva de ampliação da exposição internacional do nosso corpo docente e discente, incremento da produção intelectual, captação de recursos humanos de qualidade, incremento da pluralidade acadêmica, multidisciplinariedade e poliglôtismo.

O projeto Fellows in Rio foi um sucesso internacional. Em sua primeira edição (2014/2015) a Escola recebeu 167 inscrições de 24 países. Na segunda edição (2015/2016), foram 106 inscritos de 29 países. Na terceira edição (2016/2017) obteve-se 101 inscritos de 35 países diferentes, tendo sido apresentadas candidaturas de mestrandos e doutorandos das mais prestigiosas universidades estrangeiras, como *Harvard, Yale, NYU, Stanford, Brown, McGill, Science Po, Sorbonne, LSE, Oxford, Cambridge, Kings College, Queen Mary London, Hamburgo, Max Planck, Sapienza, Glasgow e European University Institute*.

O objetivo de longo prazo era transformar e estabelecer a FGV Direito Rio como um centro de pesquisa de excelência e funcionar como uma incubadora de talentos internacionais na América Latina, como uma espécie de “Instituto Max Planck” regional latino-americano.

V. CURSOS INTERNACIONAIS CURTOS

Passamos a oferecer todos os semestres uma ampla gama de cursos internacionais curtos, ministrados por renomados professores estrangeiros provenientes de importantes universidades do exterior. Cursos em direito internacional, direito financeiro, direito tributários, direito da regulação, direito da propriedade intelectual, teoria e filosofia do direito, entre outros, são exemplos de cursos recentemente lecionados em idioma estrangeiro ou nacional por acadêmicos e pesquisadores especializados nas mais diversas áreas.

O principal objetivo dos cursos internacionais curtos é proporcionar aos alunos um contato com temas diversos jurídicos apresentados por renomados professores especializados em um idioma estrangeiro, lecionados de forma mais introdutória ou aprofundada, em complementação ao currículo usual da graduação. Além disso, é uma oportunidade para os alunos explorarem novas áreas de estudo, de interagir com professores e pesquisadores de instituições estrangeiras de renome e de antecipar a preparação ou a experiência relacionadas a oportunidades internacionais oferecidas pela FGV Direito Rio, das quais o aluno pode vir a desfrutar no futuro.

VI. PARTICIPAÇÃO EM MOOT COURTS

Outra importante iniciativa, a participação dos alunos em competições simuladas internacionais (*moot courts*) é um componente do projeto de internacionalização da escola. Os alunos da graduação são incentivados a participar de competições anuais simuladas de julgamento perante cortes e tribunais internacionais com o objetivo de fomentar as habilidades de argumentação, estratégia e litígio em diversas áreas do Direito.

Desde 2011, uma *Moot Court Competition* em direito ambiental é organizada pela FGV Direito Rio, em parceria com o *Payson Center da Tulane University* (EUA) e com a *Universidad de Los Andes*. A Competição Interamericana de Direito do Desenvolvimento Sustentável é uma competição anual de julgamento simulado criada com o objetivo de fomentar as habilidades de litígio em direito internacional e direito ao desenvolvimento sustentável. Trata-se da única competição de júri simulado disputada simultaneamente em três idiomas (português, inglês e espanhol) em todo o mundo, tendo sua edição de 2015 ocorrido na sede da escola no Rio de Janeiro.

Para as demais competições internacionais simuladas, organizadas por diversas universidades em todo o mundo e sob os mais diversos temas, a Direito Rio oferece todos os semestres uma disciplina eletiva focada na preparação para *Moot Courts*. O treinamento geral é dado por um professor responsável pela disciplina e a preparação específica para cada competição é feita por um professor em especial e/ou por alunos e ex-alunos que previamente participaram das competições. Atualmente a preparação é focada principalmente no treinos para os *pre-moots* que ocorrem no Brasil e na Europa, e antecipam as principais competições como um preparatório, e nas competições anuais e mundialmente conhecidas *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, que ocorre em Viena (Áustria), e *InterAmerican Human Rights Moot Court Competition*, que ocorre em Washington (EUA). Dentre as habilidades desenvolvidas pelos alunos durante a preparação estão técnicas de oratória, estratégias de comunicação, condução de pesquisa jurídica direcionada, elaboração de memoriais e outras peças jurídicas correlatas, trabalho em equipe e estruturação e planejamento de viagens internacionais.

Durante a preparação, os alunos têm aulas de introdução à arbitragem comercial internacional, sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, regime da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, dentre outros temas específicos relacionados ao caso e matéria jurídica contemplados pela competição. A partir da divulgação do caso, seguem-se as fases de pesquisa e de redação dos memoriais escritos para cada uma das partes e de preparação para as apresentações orais e dos argumentos a serem levados para os palcos da competição no exterior. Essa última etapa oral incluiu a participação em *pre-moots* (competições menores que simulam os *moots* principais) no Brasil e no exterior.

Desde 2014, a Escola tem-se destacado em sua participação nas competições internacionais. Alguns alunos foram contemplados com os prêmios de primeiro e segundo lugar nas categorias de melhor orador individual, bem como melhor orador pelas vítimas e obtendo excelentes colocações nos *pre-moots*. Em 2015 a FGV Direito Rio obteve um resultado histórico, tendo ficado entre as 32 melhores equipes participantes do *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*. Para alcançar essa classificação histórica, a equipe formada pelas alunas da graduação Antonia Azambuja, Débora Fiszman, Natália Ribeiro, Thais Barberino e a *Fellow* Kellen Trilha (Coach da equipe) teve que se classificar entre os 64 melhores times durante os quatro dias de “*General Rounds*”. Já na fase eliminatória, a FGV Direito Rio derrotou a *Yale Law School*, uma das mais tradicionais escolas americanas, para figurar entre as melhores classificadas do 22º *Vis Moot* de Viena. Em 2016, os alunos da Direito Rio participaram da Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz, da *Inter-American Human Rights Moot Court Competition* de Washington, da *International & European Tax Moot Court*, na Bélgica, e da *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* na Áustria.

VII. INTERNACIONALIZAÇÃO DO MESTRADO

A CRI deu início em 2015 a um processo de revisão e atualização de documentos internos e de materiais para divulgação de oportunidades internacionais para os alunos e professores, para melhor instruí-los em processos seletivos internos e externos.

A magnitude dos novos empreendimentos exigiu uma ampliação da equipe da Coordenação e a solidificação do contato com alunos e professores. Por isso, a CRI passou a contar com um Coordenador e uma equipe de dois assistentes, além de sala própria de apoio e atendimento, de forma a melhor atender e cada vez mais personalizar o seu relacionamento com alunos, professores e visitantes estrangeiros. Os investimentos na infraestrutura da sala da CRI na sede da Escola, no prédio da Praia de Botafogo, permitiram instaurar um atendimento individualizado aos alunos e criar um espaço exclusivamente dedicado a sua recepção e à recepção de pesquisadores e professores estrangeiros nas dependências da FGV Direito Rio.

Com a ampliação dos materiais de divulgação e incremento das instalações para receber alunos e visitantes estrangeiros, foi ampliada a comunicação e o contato não só através dos atendimentos pessoais e personalizados conduzidos na sala da CRI e na sala do Coordenador, mas também através da promoção de eventos, como palestras de divulgação e esclarecimento sobre oportunidades internacionais, e de postagens em plataformas de comunicação social, através de e-mails e de plataformas digitais como o Facebook, de fácil e rápido compartilhamento e impacto.

VIII. CONCLUSÃO

A missão da CRI é servir como instrumento para que a FGV Direito Rio seja uma referência não só nacional, mas internacional. Além da manutenção e ampliação das oportunidades já oferecidas, o primeiro coautor deste texto entendia como quatro os principais projetos para os anos seguintes.

O projeto mais simples e mais imediato consistia na reformulação da área internacional no site da Escola. O site seria a principal plataforma de interação, de forma a ampliar e facilitar a comunicação, o impacto e nível de divulgação de oportunidades internacionais para os alunos e ex-alunos e os parceiros internacionais, através de um único canal de mídia interativa. Em um mundo cada vez mais digital, interativo e dinâmico, essa seria a próxima fronteira de aprimoramento institucional, focado eminentemente na via tecnológica.

Uma segunda ideia correspondia à ampliação dos esforços relativos à internacionalização do corpo docente. Desde que o primeiro coautor deste texto iniciou a sua função, em 2014, os esforços têm-se concentrado principalmente em oferecer aos alunos as mais diversas oportunidades internacionais. Este foco era compreensível e natural num primeiro momento. Mas seria essencial que se

acentuasse o foco na multiplicação de oportunidades para os professores e pesquisadores da Escola. Isto pode se dar, por exemplo, através da organização de seminários internacionais e da facilitação do contato do corpo docente da Escola com os parceiros internacionais para que ministrem cursos ou realizem estágios curtos de pesquisas fora do país.

O terceiro projeto futuro consistia na ampliação da relevância da Escola no continente latino-americano. Até aqui, o movimento de internacionalização tem consistido principalmente no estabelecimento de parcerias com renomadas universidades norte-americanas ou europeias. A CRI sempre teve a compreensão de que a internacionalização implica o estabelecimento de parcerias em outras regiões do mundo, mas ainda precisa intensificar a atuação fora deste eixo. Em especial – e seguindo orientação estabelecida pela própria FGV –, será importante voltar o foco para a América Latina, com o objetivo de tornar a FGV Direito Rio a escola de referência nesta região para estudantes e pesquisadores da área jurídica.

Finalmente, o quarto projeto futuro envolvia tentativa de ampliação da oferta de bolsas e financiamento para oportunidades internacionais, em particular para alunos em condições socioeconômicas desvantajosas. Neste sentido, a ideia era estabelecer parcerias com embaixadas, órgãos do governo e empresas que quisessem colaborar com os esforços de internacionalização da educação jurídica no Brasil.

Estes projetos foram encaminhados como sugestão ao novo mandatário da pasta, Rodrigo Vianna, que assumiu a CRI no início do ano de 2018.

A PREPARAÇÃO DE ALUNOS PARA MOOT COURTS: A CRIAÇÃO DE UMA CULTURA DE VALORIZAÇÃO ÀS COMPETIÇÕES DE JULGAMENTOS SIMULADOS E SEUS BENEFÍCIOS

PREPARING STUDENTS FOR MOOT COURTS: THE DEVELOPMENT OF A CULTURE THAT VALUES MOCK TRIALS AND ITS ENTAILED BENEFITS

ADRIANA LACOMBE COIRO ¹

RESUMO: *Moot Courts* existem há anos. São julgamentos simulados internacionais, em que é publicado um caso hipotético e equipes de alunos apresentam peças escritas e defesas orais de cada parte, competindo com outras universidades Tradicionais nos Estados Unidos e em alguns países da América Latina, os *moot courts* são relativamente novos no Brasil, onde são poucas as universidades que desenvolveram uma tradição de valorização e incentivo à participação dos alunos nestas competições. Este artigo se destina a auxiliar alunos e professores na criação desta cultura, e a expor os benefícios que a prática de *moot courts* pode trazer aos alunos. O conhecimento da competição, a seleção dos alunos, a atuação do orientador da equipe, o financiamento e a ajuda externa são alguns dos pontos abordados, bem como a criação de um curso preparatório para o desenvolvimento de habilidades que serão necessárias aos alunos nas competições, e posteriormente valorizadas no ambiente profissional. Através do compartilhamento de práticas adotadas, espera-se contribuir com o desenvolvimento da cultura de *moot courts* no Brasil, ajudando alunos e *coaches* interessados no tema, bem como demonstrando os benefícios que advém desta prática para os futuros advogados.

PALAVRAS-CHAVE: Julgamentos simulados; Competições internacionais; Simulações; Memoriais; Oradores.

¹ Bacharel em direito pela FGV Direito Rio. Advogada. Orientadora de equipes semi-finalistas na *Inter American Moot Court Competition* (2011, 2015), juíza da *FGV Moot Court Competition* (2014, 2015), orientadora de equipe na IX Competição Internacional Victor Carlos Moreno- TPI- (2012), participante da *Inter American Moot Court Competition* (2009). E-mail: adricoiro@gmail.com.



ABSTRACT: Moot Courts have been around for years. They consist of international mock trials, in which a hypothetical case is published and teams of students present written and oral arguments for opposite sides, competing against other universities. Common in the United States and in some Latin American countries, moot courts are relatively new in Brazil, where few universities have developed the tradition of encouraging students to participate in these competitions. This article aims to assist students and teachers to create a culture that values moot courts, and to explore the benefits that this practice can bring to students. Knowledge of the competition, student selection, team coaching, funding and external assistance are some of the issues addressed, as well as the creation of a preparatory course for the development of the skills that will be necessary not only for students in competitions, but also later on for law professionals. Through shared practices, it hopes to contribute to the development of a culture that values these mock trials, guiding students and coaches interested in the subject, and demonstrating the benefits of this practice for future lawyers.

KEYWORDS: Moot courts; Mock trials; International competition; Briefs; Oral rounds.

I. ANTES DE MAIS NADA: CONHECER A COMPETIÇÃO

O primeiro passo para qualquer experiência acadêmica que envolva a participação em *moot courts* é evidente: conhecer a competição. Seja para professores de matérias preparatórias, para orientadores ou para participantes, o conhecimento da estrutura da competição é o ponto de partida essencial, a começar pelo tribunal perante o qual o julgamento estará sendo simulado, e, por conseguinte, sua competência material. Há, atualmente, uma série de competições existentes, com foco em áreas jurídicas diversas. É preciso, então, ter um conhecimento mínimo sobre o tipo de julgamento ao qual os alunos serão expostos, para possibilitar um treinamento anterior à divulgação do caso daquela competição. Se todos os envolvidos já possuem um amplo grau de conhecimento sobre o funcionamento daquele tribunal, a partir da publicação do caso a preparação dos alunos poderá se dedicar exclusivamente ao caso concreto. Sem esse conhecimento, por outro lado, algumas reuniões precisarão ser dedicadas à aprendizagem do sistema.

Além do conhecimento material, é indispensável, também, o conhecimento formal da competição. Quais as regras específicas daquela simulação? Em que língua devem ser apresentados os textos e sustentados os argumentos? Quais são os critérios adotados para a avaliação dos participantes nas etapas escrita e oral? Qual o peso proporcional de cada etapa? Sem responder a essas perguntas, há equipes, por exemplo, que se dedicam quase exclusivamente à preparação para etapa oral, deixando os memoriais escritos em segundo plano. Contudo, há competições em que

ambas as etapas possuem o mesmo peso para a nota final dos participantes. Na etapa escrita, especialmente, a atenção a regras formais é essencial, pois estas costumam requerer preocupação com detalhes que podem parecer triviais, tais como a formatação do material a ser submetido, ou o número de máximo de páginas dos memoriais, mas que, se deixadas para o último momento, podem custar pontos preciosos na avaliação, prejudicando o árduo trabalho dos alunos.

Já na etapa oral, deve-se considerar, além dos critérios de avaliação, dois outros pontos essenciais. Primeiro: se cada equipe puder falar em sua língua materna, há tradução simultânea? A resposta positiva deve ser considerada no momento da preparação dos alunos, uma vez que, em rodadas traduzidas, a velocidade da fala deve ser outra. De nada adianta explicar rápida e eficientemente argumentos cuidadosamente preparados, para perdê-los na tradução. É por isso que muitas vezes rodadas traduzidas preveem um tempo maior de exposição do que rodadas realizadas na mesma língua, e os alunos devem programar sua fala de acordo com esse detalhe.

O segundo ponto a ser considerado desde o início dos preparativos para a rodada oral são os avaliadores, os juízes daquela competição. Em competições anteriores, quem foram os juízes participantes? O campo de atuação, o conhecimento que os juízes possuem sobre o tema discutido, sua especialidade e mesmo sua nacionalidade são informações importantes. Participantes de culturas diferentes se preocupam com formas diversas de argumentação, avaliam questões distintas. Enquanto um juiz colombiano, ex-participante daquela competição, avaliará o conhecimento da jurisprudência de determinado tribunal demonstrado pelo aluno, o número de casos citados por ele, e ficará bem impressionado com uma argumentação objetiva, um juiz norte-americano pode avaliar melhor uma apresentação em que a lógica e o dinamismo argumentativo superem o uso em quantidade de precedentes, em que se priorize a seleção de poucos casos relevantes, a estrutura do raciocínio e a oratória do competidor.

Por último, há ainda uma questão fundamental, e que deve sempre ser ressaltada aos alunos: a existência de fatores externos ao controle da competição. Ao avaliar a apresentação de uma dupla ou um grupo de alunos o juiz irá, mesmo que de forma inconsciente, compará-los às demais apresentações ouvidas naquele dia. Se esta é a quarta rodada em que o juiz está atuando naquela tarde, os mesmos argumentos já ouvidos nas rodadas anteriores terão um impacto menor. Se a equipe representando o papel contrário estiver bem preparada, possibilitando discussões de alto nível, isso pode elevar as notas de ambas as equipes. São fatores que dependem, ao final, da sorte, do acaso. Fatores incontroláveis, e não determinantes, mas que não podem ser completamente ignorados.

II. A SELEÇÃO DOS ALUNOS

Conhecendo-se bem a competição, passa-se ao segundo passo: a seleção dos alunos, que deve começar muito antes da competição daquele ano. Isto porque a possibilidade de selecionar bons alunos interessados, ano após ano, está diretamente relacionada à criação de uma cultura de *moot courts* na universidade. Trata-se de um processo cíclico:



quanto mais se investe em competições de *moot court* – e investimento, aqui, não só de recursos financeiros, mas de tempo, de equipe, de professores e alunos envolvidos nas competições – melhores serão os resultados de uma equipe. Quanto melhores os resultados de uma equipe, mais felizes voltam os competidores, mais divulgado é o sucesso dos participantes, o que acaba por promover a competição. Como consequência, haverá cada vez mais alunos interessados em participar nos próximos anos. A formação de uma cultura de valorização do *moot*, construída ao longo de anos, é assim essencial para que um número cada vez maior de alunos se interesse pelo tema.

Formado um bom grupo de interessados, algumas práticas podem ser adotadas para que a seleção busque os melhores alunos para aquela atividade, que terão o melhor desempenho. Mas como selecioná-los?

Primeiro, é importante escolher alunos que se candidatem pelos motivos certos, ou seja, que saibam que passarão os próximos meses imersos em pesquisa e treinamento, que estejam dispostos a abrir mão de feriados, finais de semana e algumas noites de sono, que se dedicarão à causa. Entrar em um *moot* com o único objetivo de passar uma semana viajando dificilmente trará bons resultados na competição. O interesse dos alunos nos temas da competição e o nível de dedicação que eles estão dispostos a oferecer podem ser avaliados, por exemplo, ao longo de um curso de preparação para os *moots*, como o descrito mais adiante.

Em segundo lugar, muito embora não se trate de regra – como todas as sugestões aqui propostas –, a seleção por equipes tende a conseguir melhores resultados do que a seleção individual. Isto porque são alunos que passarão meses trabalhando lado a lado, se criticando, se ajudando, aprendendo um com o outro. Dois participantes selecionados individualmente podem adquirir este espírito de equipe necessário, mas dois participantes que já passaram pelo processo seletivo juntos, em regra, terão maior disposição para trabalharem por tanto tempo como uma boa equipe.

Por último, a seleção dos alunos deve considerar tanto as habilidades escritas quanto as habilidades orais dos candidatos, simulando a redação de um memorial (ou parte dele) e de uma defesa oral, uma vez que ambas serão relevantes para um bom desempenho da equipe na competição. Esta é outra razão pela qual a seleção em duplas é interessante: alunos diferentes muitas vezes se complementam, e uma equipe que trabalha bem junta pode ser mais forte do que indivíduos com habilidades semelhantes.

III. O TRABALHO DO COACH

Escolhidas as equipes, deve-se focar no trabalho realizado entre elas e o *coach*, desde a publicação do caso hipotético até o dia da competição. É uma tarefa extremamente gratificante, mas que requer empenho.

A atuação do *coach* se assemelha, até certo ponto, a de um orientador de monografia: seu papel é direcionar os alunos, guiá-los, apontar os caminhos corretos, sem interferir no conteúdo do trabalho a ser desenvolvido. Na prática, no entanto, como muitas vezes os alunos participantes são mais novos, e as competições exigem tanto etapas escritas quanto etapas orais, o *coach* acaba por ter um papel ainda mais relevante, pois é ele quem propõe o ritmo a ser seguido. Meses antes da competição,

quando tudo parece ainda muito distante, é com o incentivo e com as cobranças do *coach* que muitos alunos começam de fato a pesquisar, escrever, treinar. Com esse objetivo, uma reunião semanal é essencial para que os alunos prestem contas do que fizeram até ali, tirem dúvidas. Nesses momentos, cabe ao *coach* auxiliar os competidores e direcionar os próximos passos das atividades.

Ex-participantes, em regra, se tornam excelentes *coaches*, prática comum em universidades que costumam participar das competições. São alunos e ex-alunos que conhecem bem a competição, que aprenderam com seus erros, que conhecem intimamente todas as etapas pelas quais passam os participantes. São, em geral, ótimas escolhas, devendo-se tomar apenas um cuidado: é preciso diferenciar as figuras do *coach* e dos participantes. Orientadores muito novos, que acabaram de participar de um *moot* podem acabar vendo a oportunidade de serem *coaches* como uma “segunda chance” de participar da competição, deixando de ter o distanciamento necessário para incentivar os alunos e direcioná-los, sem fazer o trabalho por eles.

É preciso, ainda, que o *coach*, assim como os alunos, esteja disposto a dedicar seu tempo ao projeto. É necessário ler e reler os argumentos das equipes, orientando sem interferir, ver e rever as sustentações orais, conseguir extrair o melhor de cada aluno, manter o equilíbrio de uma equipe – tarefas que requerem tempo.

Por fim, a figura do *coach* é importante para lembrar aos alunos o que está em jogo, e ensinar que o que importa não é, ao final, ser o vencedor da competição. É claro que ganhar é relevante, mas cabe ao *coach* também ressaltar tudo o mais que será ganho ao longo do processo: o aprendizado, os contatos, a experiência. Não deixar os participantes esquecerem, seja ao longo das preparações, seja após a divulgação dos resultados, que há muitas formas de ganhar além de voltar com o prêmio de melhor equipe para casa.

IV. A BUSCA POR FINANCIAMENTO

Compostas as equipes, como bancá-las? O financiamento da participação de alunos em *moot courts* é também uma questão relevante, que não deve ser deixada em segundo plano. Dentro da prática de incentivo à criação de uma cultura de *moots*, o ideal é que a universidade possa, também, auxiliar financeiramente os alunos, uma vez que com frequência tratam-se competições internacionais, com gastos volumosos em passagem, acomodação e alimentação, e mesmo taxas de inscrição significativas.

O financiamento pela universidade não apenas possibilita a ida de alunos que em outras situações nunca poderiam passar por uma experiência semelhante, como mostra, de fato, um investimento da instituição naqueles alunos e a confiança que organização possui em seu potencial, o que ajuda a motivá-los.

Aqui a formação de uma cultura do *moot courts* volta a criar um ciclo virtuoso importante: quanto melhores os resultados de uma equipe, maiores serão os ganhos da universidade, que terá seu nome divulgado entre especialistas da área, universidades nacionais e estrangeiras, alunos em potencial. A boa divulgação, por sua vez, contribui para o interesse das instituições em patrocinar estas empreitadas no futuro, o que, por sua vez, levará a resultados melhores, e assim sucessivamente.



Mas nem todo o financiamento dos alunos pode, ou deve, vir da universidade. É comum que se busque patrocínio de escritórios de advocacia, instituições não governamentais e advogados interessados no tema abordado pela competição. Nos últimos anos, a prática de *crowdfunding* (arrecadação de dinheiro através de pequenas doações coletadas em *sites* da internet) também tem obtido sucesso. Estas formas de arrecadação ajudam os participantes a se organizar desde cedo, reforçam o espírito de equipe ao se buscar atingir um objetivo comum, e incentivam, novamente, a dedicação dos alunos, que se empenham sabendo que muitos contribuíram para que eles pudessem desfrutar daquela experiência. E não é só para o financiamento que a ajuda externa tem papel importante. Ela é útil durante todo o preparo das equipes. Vejamos.

V. A AJUDA EXTERNA

Compostas as equipes, como bancá-las? O financiamento da participação de alunos em *moot courts* é também uma questão relevante, que não deve ser deixada em segundo plano. Dentro da prática de incentivo à criação de uma cultura de *moots*, o ideal é que a universidade possa, também, auxiliar financeiramente os alunos, uma vez que com frequência tratam-se competições internacionais, com gastos volumosos em passagem, acomodação e alimentação, e mesmo taxas de inscrição significativas.

O financiamento pela universidade não apenas possibilita a ida de alunos que em outras situações nunca poderiam passar por uma experiência semelhante, como mostra, de fato, um investimento da instituição naqueles alunos e a confiança que organização possui em seu potencial, o que ajuda a motivá-los.

Aqui a formação de uma cultura do *moot courts* volta a criar um ciclo virtuoso importante: quanto melhores os resultados de uma equipe, maiores serão os ganhos da universidade, que terá seu nome divulgado entre especialistas da área, universidades nacionais e estrangeiras, alunos em potencial. A boa divulgação, por sua vez, contribui para o interesse das instituições em patrocinar estas empreitadas no futuro, o que, por sua vez, levará a resultados melhores, e assim sucessivamente.

Mas nem todo o financiamento dos alunos pode, ou deve, vir da universidade. É comum que se busque patrocínio de escritórios de advocacia, instituições não governamentais e advogados interessados no tema abordado pela competição. Nos últimos anos, a prática de *crowdfunding* (arrecadação de dinheiro através de pequenas doações coletadas em *sites* da internet) também tem obtido sucesso. Estas formas de arrecadação ajudam os participantes a se organizar desde cedo, reforçam o espírito de equipe ao se buscar atingir um objetivo comum, e incentivam, novamente, a dedicação dos alunos, que se empenham sabendo que muitos contribuíram para que eles pudessem desfrutar daquela experiência. E não é só para o financiamento que a ajuda externa tem papel importante. Ela é útil durante todo o preparo das equipes. Vejamos.

VI. A AJUDA EXTERNA

Para além do financiamento, a ajuda externa pode trazer grandes contribuições. Esse é um detalhe muitas vezes esquecido por equipes novas, ou por *coaches* menos experientes: a busca de auxílio apenas enriquece a experiência e o desempenho das equipes de *moot court*.

Ex-participantes e antigos *coaches* sabem o quanto as competições são importantes para os envolvidos, e na maior parte das vezes ficam felizes em poder contribuir. Professores e advogados especialistas na matéria podem ser valiosas fontes de ideias. Há sempre argumentos que não foram explorados, questões que não foram levantadas, que novos olhos podem ajudar a descobrir. Não se quer dizer, com isso, que os memoriais escritos devem ser feitos a dezenas de mãos. Mas tirar dúvidas e discutir casos que façam parte da jurisprudência internacional são exemplos desse tipo de colaboração. Advogados e professores também podem contribuir com excelentes dicas de oratória: nesse caso, fazer rodadas simuladas com bancas de voluntários é uma experiência que apenas enriquece o preparo e o aprendizado dos alunos.

Praticar com outras universidades também pode trazer ótimos resultados. A atividade é importante para ressaltar aos alunos que, quanto mais todos souberem, mais ganham, afinal, o objetivo não deve ser apenas ganhar dos demais. Treinar as rodadas orais com outras equipes que estão se preparando deixa claros os pontos que precisam ser melhorados, demonstra novos problemas a serem enfrentados e novas questões a serem analisadas no caso, o que, ao fim, ajuda a todos.

VII. A IMERSÃO DURANTE A COMPETIÇÃO

Após tudo pronto, quando se chega ao local da competição, os momentos finais não devem ser desperdiçados. Os primeiros dias de uma competição, ou os últimos dias antes dela, já na cidade em que serão realizadas as rodadas orais, são ideais para praticar. É um momento em que é possível uma imersão completa no tema, nos argumentos preparados, já que os alunos e o *coach* estão afastados de suas vidas cotidianas e podem se dedicar integralmente à preparação, como na concentração dos jogadores antes de um jogo de futebol. E essa imersão pode gerar ótimos resultados.

Além de aproveitar o tempo para fazer pesquisas, repetir, repetir e repetir os argumentos orais, treinar o uso do tempo e praticar a elaboração de respostas a novas possíveis perguntas que poderão ser realizadas pelos juízes da competição, os alunos podem ainda se beneficiar da presença de várias equipes no mesmo local, e treinar com elas. É claro que, no fundo, todas estarão competindo entre si, mas deixar esse espírito de competição de lado e substituí-lo pela cooperação tende a trazer benefícios mútuos.

É uma boa prática, também, conhecer abordagens de outras equipes para os problemas do caso. Ler os memoriais de outros times, quando disponibilizados pela competição, ou assistir a outras rodadas são práticas muito comuns. Nesta etapa da preparação dificilmente será viável construir novos argumentos, mas é possível, ao menos, não ser inteiramente surpreendido com uma nova questão, e se prevenir sobre como respondê-la e discuti-la.

VIII. O TREINAMENTO DOS ALUNOS: O CURSO DE PREPARAÇÃO PARA

MOOT COURTS

Todas essas etapas são indispensáveis para a criação de uma boa equipe de *moot court*. Do conhecimento da competição aos últimos dias antes dela, há muito trabalho a ser feito. Mas não é só. Há uma série de habilidades que podem ser ensinadas aos alunos que participam de julgamentos simulados, uma preparação que antecede a competição. O curso de Preparação para *moot court* criado pela FGV Direito Rio buscou, de forma inovadora, investir nestas habilidades antes da seleção das equipes, formando assim um grupo qualificado de alunos interessados nas competições. Como?

Partiu-se de uma pergunta simples: em todas as competições, como já repetido, há duas etapas: escrita e oral. Quais as habilidades relevantes que podem auxiliar para a preparação de cada uma delas?

O primeiro passo é ensinar os alunos a formular textos argumentativos, a defender uma tese. Alunos em seus primeiros anos de faculdade muitas vezes tiveram pouco contato com petições, pareceres, documentos jurídicos. Aprender a defender um ponto de vista e convencer o leitor, a montar um argumento com início, meio e fim, ao invés de fazer uma simples exposição sobre o tema é essencial.

Simultaneamente, e pelas mesmas razões, os alunos vão aprendendo, com treino e orientação, a linguagem formal a ser utilizada em documentos jurídicos. Não se quer dizer, com isso, que devem ser usadas expressões latinas e termos incompreensíveis, mas sim uma linguagem mais técnica, acessível, porém própria de textos legais.

Ao aprender como defender uma posição os alunos devem aprender, também, como utilizar a jurisprudência de diferentes tribunais, e como buscá-la de forma eficiente, o que será útil por toda a vida profissional. Da mesma forma, é preciso aprender a usar de forma eficiente os casos encontrados: saber que não basta citá-los em notas de rodapé, ou utilizar trechos de decisões que repetem o conteúdo de artigos e citam lugares comuns, mas que é necessário relacionar o caso encontrado com o argumento que está sendo defendido. É necessário entender como chamar a atenção do leitor para o caso passado sem perder espaço excessivo para demonstrar a relevância daquele precedente.

O poder de síntese é, aliás, outro ensinamento indispensável e oriundo da prática que deve anteceder à preparação do aluno para um *moot*. É uma ótima prática, por exemplo, reler um argumento escrito em três páginas e reescrevê-lo para dizer o mesmo em três parágrafos. Exercícios como esse possibilitarão que estes alunos, no futuro, escrevam petições objetivas, que serão apreciadas com cuidado pelos magistrados.

Para a etapa oral, por sua vez, os ensinamentos vão muito além da oratória, embora ela constitua fator essencial. Perder o medo e a vergonha de falar em público, treinar gestos, postura, entonação e perder cacoetes de fala, como repetições de palavras, são habilidades indispensáveis para um *mootie*. Mas não suficientes.

Os alunos devem aprender a começar uma sustentação oral se apresentando, introduzindo claramente o tema que vai ser tratado, explicando em quantas partes será dividida sua apresentação, quais são elas, e de quais temas vão tratar. Essas técnicas facilitam a avaliação das apresentações pelos juízes.

Devem aprender a usar o tempo: a se programar para deixar alguns minutos da apresentação para perguntas dos juízes, mas saber preenchê-los caso as perguntas não surjam; a resumir cada argumento em 30 segundos, para conseguir expô-los nas rodadas em que há tantas perguntas que alguns temas não conseguirão ser abordados.

Devem aprender – e isso é essencial – a retomar seu raciocínio depois de serem repetidamente interrompidos por perguntas de juízes ao longo de sua apresentação. E entender que as perguntas são um bom sinal: demonstram que os juízes estão atentos, que querem separar os bons participantes dos ótimos, e questionar os limites de cada competidor. Perguntas são positivas, e demonstram que o aluno pode ir muito além de um texto decorado.

Por outro lado, a prática ensina também aos alunos como agir quando ouvem uma pergunta que não sabem responder - o que acontecerá mais cedo ou mais tarde - como seguir adiante e manter a coerência e a lógica da apresentação mesmo depois dessa pequena falha.

Com o curso de preparação os alunos podem praticar também a forma com que devem se dirigir aos juízes, e se acostumar com a ideia de que podem usar tópicos para se organizar, contanto que não se percam no meio de dezenas de papéis de apoio. Aprendem, ainda, que não basta citar dezenas de casos. É preciso sempre conhecer cada um deles, ainda que resumidamente. E é preciso também conhecer a apresentação de todos os parceiros da equipe, e estar confortável para ser interrogado sobre qualquer aspecto do caso hipotético. Afinal, é isso que constitui, de fato, uma equipe: um trabalho conjunto, em que, ainda que haja uma divisão de tarefas, todos conhecem o produto final como um todo.

Mas como ensinar e treinar essas habilidades antes mesmo da escolha de uma equipe e do início do trabalho dos *coaches*?

A resposta é simples. São todas habilidades decorrentes da prática, do treino, pontos que precisam ser ressaltados para que os alunos passem a prestar atenção e mudem, aos poucos, sua forma de escrever e falar. Para isso não é necessário o caso da competição daquele ano, ou a dupla que irá participar daquela competição. Ao contrário: ensinar e treinar essas habilidades antes, para todos os alunos interessados, garante que, quando da seleção dos alunos, eles conhecerão melhor o cenário do que estão se propondo a fazer, e estarão mais qualificados para isso. E, o que é melhor, garante que, uma vez selecionada a equipe e publicado o caso, os alunos poderão se dedicar de maneira mais completa às pesquisas do caso específico, aos argumentos para aqueles fatos, já tendo assimilado habilidades que, em outro cenário, ainda precisariam aprender.

O curso pode trabalhar a partir de casos anteriores. A partir deles, os alunos podem elaborar um argumento e defendê-lo em sala de aula. As chaves, neste caso, são a prática e a repetição. Em cada aula, todos os alunos devem ter a oportunidade de fazer uma apresentação curta, de alguns minutos, com a possibilidade de serem interrompidos por perguntas. Essas apresentações devem ser gravadas, para que eles possam revê-las, o que não é difícil em época de *smartphones*. E após cada apresentação os alunos devem ouvir comentários do professor e de seus colegas sobre como podem melhorar para a próxima semana. Na semana seguinte, tudo se repete. Aos poucos, os

alunos ganham confiança, assimilando as críticas, e a melhora em algumas semanas é notável.

Com a preparação escrita não é diferente. A partir de um caso antigo, os alunos podem escrever pequenos textos, defendendo apenas um argumento, por exemplo, para ser entregue e devolvido com comentários. Devem, então, reescrever o mesmo texto, com atenção para os comentários anteriores. É uma simulação do que acontecerá no momento da elaboração dos memoriais, mas sem a mesma pressão, fazendo com que, aos poucos, o aluno aprenda como defender seu argumento de forma precisa, sintética e bem fundamentada.

O curso preparatório permite, ainda, que o professor explore casos anteriores das competições em que os alunos têm interesse, explique e tire dúvidas sobre como funcionam as competições e os tribunais que serão simulados. Faz com que os alunos analisem se querem, de fato, investir naquele tema, e demonstrem sua dedicação ao projeto, acostumando-se a dedicar, semanalmente, parte de seu tempo a ele.

A partir daí, será mais fácil fazer uma seleção de bons alunos interessados e formar boas equipes. Os alunos que não forem selecionados, por outro lado, poderão tentar novamente em anos posteriores. E, o que é mais importante, terão aprendido algumas práticas que os ajudarão em diversas áreas de suas vidas profissionais.

IX. CONCLUSÃO: POSSIBILIDADES TRANSFORMADORAS DA CRIAÇÃO DE UMA CULTURA DE *MOOT COURTS*

A prática de incentivar e investir na participação regular em *moot courts*, de forma consistente, aprimorando as equipes e suas habilidades ao longo dos anos, vai além da experiência docente, do curso preparatório criado com esse propósito. Ela se constrói através de uma série de aprendizados decorrentes da atuação nestas competições ao longo dos anos, dentre os quais o curso de preparação é apenas um exemplo. Mas quais os benefícios adquiridos pelos alunos? Por que, afinal, investir em *moot courts*? O que os alunos ganham?

Em primeiro lugar, segurança. Alunos que saem de um *moot court* em que tiveram uma boa preparação e alcançaram bons resultados percebem a melhora em seu desempenho ao longo dos meses, veem a melhora de seus colegas de equipe e aprendem que podem enfrentar desafios complexos para conquistar seus objetivos. Saem, assim, muito mais confiantes em suas habilidades para fazer exposições ou defesas orais, falar em público, fazer sustentações. Afinal, já estiveram em uma situação em que estavam defendendo argumentos frente a uma plateia, com um grupo desconhecido de juízes que poderia fazer qualquer pergunta que lhes viesse à cabeça.

As habilidades aperfeiçoadas para a redação dos memoriais, por sua vez, com linha de raciocínio clara, fundamentada na jurisprudência dos tribunais, textos sintéticos, objetivos e bem elaborados, serão muito úteis para as petições iniciais, contestações e recursos que estes alunos ainda escreverão ao longo de sua vida jurídica.

Os alunos saem, ainda, como especialistas naquele campo. O integrante de uma equipe de *moot court* que simula perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos conhecerá, com muito maior profundidade do que seus pares, o funcionamento do

sistema interamericano, a jurisprudência da Corte e da Comissão Interamericanas, e terá uma clara vantagem competitiva caso deseje trabalhar nessa área. O mesmo ocorre com competições de arbitragem, de julgamentos penais, ou de qualquer área em que se escolha competir.

A atuação na área do *moot*, em verdade, se torna muito mais fácil não apenas pelo conhecimento do tema, mas também pela rede de contatos que é formada nestes eventos. Os *moots* reúnem um grupo de pessoas interessadas e especializadas naquela matéria, professores e advogados que poderão ser futuros empregadores daqueles alunos, bem como outros competidores que crescerão para assumirem papéis de destaque naquele campo. Os contatos criados nestas competições, assim, não devem ser subestimados.

Por fim, a prática de *moot courts* ensina aos alunos quais seus pontos fortes e fracos, a que precisarão se dedicar mais para se destacarem em suas profissões, e lhes mostra a importância do trabalho em equipe, ferramenta indispensável em qualquer profissão.

É uma experiência acadêmica única, que só pode ser integralmente compreendida por aqueles que já fizeram parte dela. A prática de investir em uma cultura de valorização de *moot courts* não é fácil, mas há muito a ganhar, seja para alunos, professores ou *coaches*. Que venham os *moots*!

O CURSO “FAVELAS: LAW, MARGINALIZATION, AND DEVELOPMENT” – UM EXPERIMENTO PEDAGÓGICO

THE COURSE “FAVELAS: LAW, MARGINALIZATION, AND DEVELOPMENT” – A PEDAGOGICAL EXPERIMENT

PEDRO CANTISANO¹

RESUMO: O curso “Favelas: Law, Marginalization, and Development” foi desenvolvido no ano de 2014 para a graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Trata-se de um curso interdisciplinar cujo objetivo é discutir como o direito molda discursos e práticas relacionados a comunidades urbanas em situação de vulnerabilidade. O curso propõe fazer isso a partir da realidade da cidade do Rio de Janeiro, em suas especificidades históricas e sociológicas locais e sob uma perspectiva global. Enquanto parte de um projeto pedagógico inovador, o curso inclui ângulos disciplinares variados e foi ministrado em inglês, como parte do esforço de internacionalização da FGV Direito Rio. Neste artigo, descrevo o programa e seus objetivos, apontando desafios teóricos e práticos, e mostro como o curso contribuiu para aquele projeto pedagógico.

PALAVRAS-CHAVE: Educação jurídica; Questões urbanas; Interdisciplinariedade.

ABSTRACT: The course “Favelas: Law, Marginalization, and Development” was created in 2014 for the Fundação Getúlio Vargas Law School in Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) undergraduate program. This is an interdisciplinary course that aims to discuss how law has shaped discourses and practices related to urban communities in vulnerable situations. The course proposes to achieve this goal by focusing on the historical and sociological local specificities of the city of Rio de Janeiro, as well as by looking at them from a global perspective. As part of an innovative pedagogical project, the course includes varied disciplinary angles, and was taught in English, as

¹ LLM, MA e PhD, University of Michigan. Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), entre 2014 e 2016. E-mail: pjimenez@umich.edu.



part of the Law School’s efforts towards internationalization. In this article, I describe the course’s program and goals, identifying theoretical and practical challenges, and show how the course contributed to that pedagogical project.

KEYWORDS: Legal education; Urban challenges; Interdisciplinarity.

I. INTRODUÇÃO

Desenvolvi o curso “Favelas: *Law, Marginalization, and Development*” em 2015, com contribuições do professor Daniel Vargas. A disciplina se insere em três eixos do projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Primeiro, o curso traz para a sala de aula problemas concretos da realidade brasileira. Segundo, atravessa as fronteiras disciplinares e dogmáticas do Direito. Terceiro, a disciplina é ministrada em inglês, como parte do esforço de internacionalização da Escola. Este artigo está dividido em três partes, que abordam cada um desses eixos. Antes, porém, forneço uma descrição do programa do curso. Na conclusão, aponto o potencial aberto pelo curso para a interação entre ensino e pesquisa na FGV Direito Rio.

II. O PROGRAMA

A disciplina é dividida em duas partes abrangentes. A primeira parte é dedicada a narrativas sobre “favelas” (comunidades de baixa renda com diferentes graus de regularização jurídica e acesso a serviços públicos) ao redor do mundo.² O termo “narrativas” foi sugerido por Daniel Vargas e conota formas de falar sobre direito e favelas, diferentes e em diálogo umas com as outras, disponíveis a especialistas e não especialistas. As narrativas estruturam como pensamos e, conseqüentemente, como elaboramos soluções para alguns dos problemas urbanos destacados no curso. Esta parte se baseia em discussões de leituras provenientes de diferentes áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Economia, a Filosofia e o Direito. A segunda parte aborda problemas concretos das favelas cariocas. Esta parte se baseia em palestras ministradas por especialistas convidado(a)s a falar de questões como a gentrificação, a pacificação e as remoções de favelas no Rio de Janeiro. Ao final do curso, professor e aluno(a)s saem da sala de aula para visitar projetos implementados em comunidades locais. A prática, até o momento, foi visitar o Parque Sitiê, projeto ecológico localizado no Vidigal, que conta com a colaboração do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio.³

² Para discussões aprofundadas sobre a definição de “favela” ver E SILVA, Jailson de Souza *et al.* (Ed.). *O que é a favela afinal?*. Observatório de Favelas, 2009.

³ <http://www.parquesitie.org/>



A primeira narrativa é histórica. As perguntas que compõem a primeira aula dizem respeito à formação histórica das favelas do Rio de Janeiro e a compreender como estas raízes nos ajudam a entender o presente. Existem diferentes mitos de origem da favela carioca. A história deste fenômeno social passa pela demolição do cortiço Cabeça de Porco, em 1893, e pelo retorno dos soldados republicanos da Guerra de Canudos, em 1897. Com a demolição do Cortiço, os antigos moradores teriam recebido do prefeito Barata Ribeiro permissão para usar os entulhos para a construção de barracos nos morros próximos. Depois da Guerra de Canudos, os soldados teriam ocupado, ou sido autorizados a ocupar, o morro como forma de cobrar os soldos atrasados pelo governo. Seja qual for o ponto de origem, o morro em questão, então conhecido como Morro da Favela, é aquele que chamamos, hoje, de Morro da Providência, localizado entre a zona portuária e o centro da cidade do Rio de Janeiro.

Entender as origens das favelas no século XIX, e seu desenvolvimento durante o século XX, ajuda o(a)s aluno(a)s a compreenderem questões básicas do presente. Por exemplo, já no século XIX, o discurso oficial dos governantes e da imprensa construiu as favelas como locais separados da cidade. De um lado, colocou-se o morro, perigoso, insalubre e bárbaro. De outro, a cidade, segura, salubre e civilizada. A favela era o sertão dentro dos limites da capital. A capital, por sua vez, desde a década de 1870, mas principalmente a partir das reformas urbanas de Rodrigues Alves e Pereira Passos, iniciadas em 1903, deveria representar o avanço civilizatório do Brasil republicano. A cidade partida, hoje quase naturalizada, é, portanto, uma construção. A história das favelas revela que, na realidade, estas sempre estiveram integradas à cidade. Desde o primeiro momento, os morros foram solução de moradia para a mão-de-obra barata –incluindo muitos ex-escravos – que circulava na cidade. Os ricos também “subiam o morro”, mas como investidores e especuladores. Famílias de alta renda fizeram fortuna alugando residências e terrenos nas favelas, sem que houvesse controle estatal ou mesmo título de propriedade. Finalmente, na década de 1930, com a prefeitura de Pedro Ernesto, revelou-se o capital político das favelas. Então, redes de manutenção de poder desenvolveram-se entre os líderes comunitários e políticos locais. Todas estas questões são trazidas para a sala de aula a partir de textos escritos por historiadores.⁴

A segunda narrativa se volta para a geografia crítica de David Harvey, começando pela crítica de Engels ao problema da habitação na Europa industrializada. Algumas das questões levantadas dizem respeito ao papel do modo de produção capitalista na segregação do espaço urbano, à possibilidade de aplicação daquelas ideias a grandes cidades do Sul Global e ao potencial político transformador da crítica neomarxista. O(a)s aluno(a)s são chamado(a)s a debater a posição reformista, que investe em moradia social, sem, no entanto, atacar o cerne do problema da habitação. O sistema capitalista, ao mesmo tempo em que produz uma classe operária numerosa e empobrecida, se reproduz a partir da expropriação dos pobres, expulsando aquela classe para locais distantes da cidade ou para aglomerações habitacionais insalubres. A ideia central é desenvolver uma crítica ao que Engels chamou de “método

⁴ Por exemplo, FISCHER, Brodwyn M. **A poverty of rights: citizenship and inequality in twentieth-century Rio de Janeiro**. Stanford University Press, 2008.



Hausmann” de segregação urbana, baseado em práticas higienistas, implementadas no Rio de Janeiro do início do século XX e, até hoje, presentes no discurso oficial.⁵

A terceira narrativa mostra o outro lado. Ou seja, enquanto a segunda narrativa tem como argumento central uma crítica ao sistema capitalista, a terceira apresenta aos aluno(a)s soluções que se baseiam na crença de que o capitalismo pode resolver o problema da habitação e da segregação urbana. Para debater-la, é utilizado o texto do economista peruano Hernando de Soto, “The Mystery of Capital”.⁶ De Soto parte de uma análise da expansão para o oeste dos Estados Unidos do século XIX para argumentar que as favelas do terceiro mundo possuem um potencial de desenvolvimento semelhante. A energia capitalista só poderia ser liberada naquelas áreas através de políticas de regularização fundiária. O título de propriedade daria a segurança jurídica necessária aos investimentos e ao desenvolvimento econômico das favelas. Ao abordar esta narrativa, o debate em sala de aula se volta ao problema fundamental de como seria possível implementar um sistema de propriedade privada respeitando as especificidades locais. A outra pergunta central diz respeito ao papel dos advogados no processo. Seriam eles lideranças ou apenas uma pequena parte de um empreendimento político maior de regularização fundiária?

A quarta narrativa faz parte de estudos mais disseminados nas faculdades de direito, em disciplinas já consolidadas, como a Sociologia do Direito. Trata-se da narrativa do pluralismo jurídico, conceito aplicado, desde a década de 1970, à compreensão dos sistemas alternativos de resolução de controvérsias que surgem em áreas marginalizadas, como as favelas. O texto de referência é “The Law of the Oppressed”, do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.⁷ Em seu estudo sobre uma favela carioca, Santos encontrou um direito paralelo, porém não completamente independente do direito oficial, regulado pela associação de moradores. Segundo o autor, o direito paralelo toma emprestado conceitos do direito oficial e, ao mesmo tempo, constitui-se como instância de resistência àquele direito, profissionalizado, obscuro e, portanto, excludente. Em sala de aula, o(a)s aluno(a)s debatem que outros tipos de “direitos” paralelos ao direito estatal estão presentes nas favelas do Rio de Janeiro. Sem cair na falácia de que se tratam de mundos completamente isolados, discutimos como estes sistemas paralelos interagem entre si.

Enquanto a quarta narrativa foca no direito produzido informalmente nas favelas, a quinta narrativa tem como objetivo entender como pessoas em situação de marginalização social são capazes de se apropriar do direito oficial para defender seus interesses. A narrativa inclui autores como o historiador inglês Edward Thompson, para o caso dos cercamentos de terras na Inglaterra dos séculos XV a XVIII, e James

⁵ ENGELS, Friedrich. **The housing question**. 1872. Disponível em:

<<https://www.marxists.org/archive/marx/works/1872/housing-question/>>. Utilizo o trechos de HARVEY, David. **Social justice and the city**. London: Edward Arnold, 1973.

⁶ DE SOTO, Hernando. **The mystery of capital: Why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else**. Basic Civitas Books, 2000.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law & Soc'y Rev.**, v. 12, p. 5, 1977.



Holston, antropólogo norte-americano que estudou a resistência de moradores de comunidades de São Paulo às tentativas de remoção durante a década de 1970.⁸ O objetivo central desta aula é compreender como pessoas historicamente excluídas dos canais oficiais de prestação jurisdicional aprendem a linguagem dos direitos para usar estes canais a seu favor. O(a)s aluno(a)s entram em contato com histórias de resistência a remoções forçadas que envolveram mobilização social local, com apoio de advogados públicos e privados, universidades e organizações não governamentais.

A sexta narrativa se volta para o discurso constitucional a respeito de direitos sociais, entre os quais se inclui o direito à moradia. O debate se desloca, então, para as cortes constitucionais de outras partes do mundo, mais especificamente África do Sul e Índia. Além de serem países dos BRICS, estes dois lugares possuem cortes constitucionais muito ativas na interpretação de conteúdos programáticos e de direitos sociais. Os casos discutidos em sala de aula são o sul-africano *Grootboom* (2000) e o indiano *Olga Tellis* (1985).⁹ O objetivo central é debater como as duas cortes supremas interpretam o direito à moradia, o direito à vida e programas constitucionais vagos. Além disso, discutimos como essas cortes lidam pragmaticamente com os problemas distributivos que surgem quando um grupo específico pede a implementação imediata de direitos que dependem de recursos aparentemente escassos, como o direito à moradia.

A sétima narrativa se baseia na filosofia crítica do italiano Giorgio Agamben. Segundo Agamben, desde a Primeira Guerra Mundial, o estado de exceção – prática de suspensão de direitos para o controle social – tornou-se regra no mundo ocidental. Agamben desenvolve a ideia de que “campos”, territórios de suspensão da lei, proliferam ao redor do mundo na forma de campos de refugiados, zonas de exclusão de aeroportos, prisões e zonas de fronteira.¹⁰ A pergunta fundamental desta aula é se as favelas podem ser descritas como “campos”. A presença do estado apenas através de aparatos coercitivos, como a polícia e as forças armadas, as práticas de tortura e assassinatos extra-judiciais e o discurso de guerra perpetuado na formação dos policiais e na grande imprensa são alguns indícios de que as comunidades cariocas vivem em um estado de exceção permanente. Em sala de aula, discutimos alguns destes problemas e a adequação da teoria de Agamben ao diagnóstico crítico das políticas de segurança pública do estado do Rio de Janeiro.

A oitava narrativa é construída a partir do que se convencionou chamar de “estudos pós-coloniais”. Esta aula enfatiza a especificidade do fenômeno das favelas em países que foram colônias no passado. A ideia central é mostrar como áreas urbanas marginalizadas foram discursivamente construídas como territórios colonizados, seja devido ao rígido controle social e espacial exercido por administrações coloniais e nacionais, seja pelas justificativas deste controle, baseadas na distinção entre povos

⁸ THOMSON, Edward Palmer. *Whigs and Hunters: the origin of the black act*. New York: Pantheon Books, 1976; HOLSTON, James. *Insurgent citizenship: Disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton university press, 2007.

⁹ Constitutional Court of South Africa, *Government of South Africa v. Grootboom* (2000); Supreme Court of India, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985).

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: Sovereign power and bare life*. Stanford University Press, 1998.



civilizados e bárbaros. Compreender o passado e presente coloniais das favelas do Sul Global significa pensar na forma como os “cidadãos plenos” das cidades, as organizações não governamentais e as grandes corporações interagem com a população segregada. Interações como o turismo de favela, a caridade e as grandes remoções promovidas pela expansão capitalista podem ser vistas em conjunto, e de maneira crítica, como fruto de um discurso que constrói aquela população como parte de um mundo atrasado e carente, que precisa ser modernizado para alcançar estágios civilizatórios mais avançados. A crítica se direciona, então, às consequências deste discurso, que variam da inabilidade de pensar o marginalizado como agente de seu próprio destino à violência inerente a empreitadas de viés colonizador.¹¹

Finalmente, a nona, e última, narrativa apresentada faz parte do discurso centrado nos direitos humanos. Esta narrativa pode ser encontrada nos documentos produzidos por agências como a UN Habitat e por organizações como a Anistia Internacional.¹² Para além dos direitos humanos como o direito à moradia, o direito à vida e os direitos sociais em geral, apresenta-se, também, a ideia de um direito à cidade. O conceito, cujas formulações mais conhecidas foram cunhadas por Henri Lefebvre e David Harvey, engloba mais do que acesso aos recursos urbanos da cidade: moradia, educação, saúde, transporte, etc. O direito à cidade, em seu significado mais radical, incorpora também o direito de modificar a cidade a partir de práticas democráticas.¹³ Compreender a diferença entre usufruir e modificar a cidade é o objetivo central desta aula.

As últimas aulas do curso se dedicam a problemas concretos das favelas do Rio de Janeiro e são ministradas por especialistas convidados – pesquisadores, advogados, políticos, etc. Durante estas aulas, o(a)s aluno(a)s devem utilizar o instrumental teórico aprendido com as narrativas para analisar os problemas apresentados pelos especialistas. Em 2015 e 2016, foram discutidas as seguintes questões nesta segunda parte do curso: as remoções de comunidades decorrentes dos grandes eventos esportivos – Copa do Mundo 2014 e Jogos Olímpicos 2016; o processo de gentrificação das favelas cariocas; a política de segurança pública baseada nas invasões militares e nas Unidades de Polícia Pacificadora; as políticas de regularização fundiária implementadas na cidade; e o acesso à internet em comunidades cariocas, com ênfase no papel da tecnologia na democratização destes espaços e no controle popular difuso da ação estatal nas favelas.

No trabalho final, os alunos são chamados a abordar um destes problemas a partir de uma das narrativas apresentadas. Por exemplo, usar a terceira narrativa, baseada nas propostas de regularização fundiária de Hernando de Soto, para analisar o que foi feito nesse sentido no Rio de Janeiro; usar a quinta narrativa para compreender como

¹¹ Utilizo DAVIS, Mike. Planet of slums. *New Perspectives Quarterly*, v. 23, n. 2, p. 6-11, 2006, que é mais acessível a estudantes de graduação do que estudos teóricos que se identificam com o pós-colonialismo.

¹² UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. *The challenge of slums: global report on human settlements, 2003*. UN-HABITAT, 2003.

¹³ HARVEY, David. *The right to the city*. 2008.



moradores de lugares atingidos pelas remoções dos grandes eventos se apropriaram da linguagem e dos canais do direito para resistir; e usar a sétima narrativa, baseada na teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, para analisar e criticar a política de segurança pública do Rio de Janeiro. Os resultados dos trabalhos foram satisfatórios e alguns alunos continuaram suas pesquisas, seja para desenvolver trabalhos de conclusão de curso, seja para aplicar para bolsas de pesquisa.

III. PRIMEIRO EIXO: A REALIDADE EM SALA DE AULA

A premissa do primeiro eixo é a necessidade de analisar problemas brasileiros em sala de aula. Enquanto faculdades de direito tradicionais muitas vezes separam aulas teóricas, nas salas de aula, das aulas práticas, nos escritórios modelo, na FGV Direito Rio, objetiva-se apresentar teoria e prática em conjunto. Além disso, os problemas devem ser pertinentes à realidade brasileira, sem, no entanto, perder de vista visões globais a respeito do tema abordado.

O curso “Favelas: *Law, Marginalization, and Development*” cumpre esta dupla função da seguinte forma. Primeiro, o curso se baseia no aprendizado de um instrumental narrativo a ser aplicado na compreensão e solução de problemas empíricos. As teorias – desenvolvidas por sociólogos, economistas e filósofos – não bastam em si mesmas. Toda a primeira parte do curso é ensinada instrumentalmente para que o(a)s aluno(a)s sejam capazes de, ao participar da segunda parte e ao escrever seus trabalhos finais, aplicar as narrativas aprendidas aos problemas relativos à segregação urbana da cidade em que estudam. A visita final a um projeto que conta com a colaboração do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio tem como objetivo sensibilizar o(a)s aluno(a)s a participar em projetos semelhantes. Espera-se que, após debaterem problemas e soluções entre si e com o professor, aqueles que de fato se sensibilizem sejam capazes de participar de maneira qualificada, ajudando a transformar a cidade.

Segundo, as favelas são apresentadas como fenômenos globais, mas com especificidades locais. O(a)s aluno(a)s entram em contato com realidades histórica e geograficamente diversas, como as moradias operárias da Inglaterra da Revolução Industrial, os assentamentos de beira de estrada na Índia contemporânea e os bairros segregados da África do Sul pós-Apartheid. A visão histórica e global serve de parâmetro de comparação para entender e modificar a realidade local brasileira e, mais especificamente, carioca. Desta forma, o(a)s aluno(a)s devem ser capazes de dialogar entre si – lembrando que, como será discutido abaixo, o curso conta com muitos estrangeiros – e fora da sala de aula, com as organizações estatais, privadas e não governamentais com as quais se envolvem.

Mais do que a realidade do direito aplicado, acessada pelos estudos de casos em disciplinas tradicionais, voltadas para o Direito Constitucional ou o Direito Civil, por exemplo, o curso pretende debater o direito como experiência social. Ou seja, experiências como o direito desenvolvido em comunidades, a consciência jurídica dos que resistem às remoções e a realidade das violações sistemáticas de direitos humanos nas favelas do Rio de Janeiro. Realidade, portanto, não é apenas a realidade profissional de juizes, promotores e advogados, nos limites da prática judiciária. A realidade que o curso traz para a sala de aula é mais abrangente. É a realidade social

de um mundo do qual fazemos parte, mas nem sempre vemos. Talvez o maior desafio do(a)s aluno(a)s deste curso seja o de tentar se colocar no lugar do outro para, se não compreender plenamente sua experiência – o que é impossível –, ao menos desenvolver a empatia necessária à integração da cidade em que vivem.

IV. SEGUNDO EIXO: A QUEBRA DE FRONTEIRAS

O Direito ensinado de forma tradicional guarda fronteiras disciplinares – externas, com outras disciplinas, como a Economia, a Sociologia, a História, etc. – e dogmáticas – internas, que dividem o próprio Direito em Civil, Penal, Constitucional, etc. O curso “Favelas: *Law, Marginalization, and Development*” rompe com fronteiras externas e internas para mostrar o Direito como prática social que só pode ser compreendida a partir de lentes múltiplas. Ao mesmo tempo em que a quebra de fronteiras expande a capacidade de compreensão e crítica dos fenômenos sociais abordados, impõe obstáculos aos papéis de professor e aluno.

Como se pode concluir do programa acima exposto, as leituras do curso englobam textos produzidos em contextos acadêmicos diferentes, em departamentos de História, Economia, Sociologia, Geografia, Filosofia e Antropologia. Todas estas disciplinas possuem pontos de interseção com o Direito que precisam ser explorados tanto para a análise acadêmica, quanto para o desenvolvimento da prática jurídica, aqui entendida como mais do que a elaboração de petições, contratos, pareceres e sentenças. Além disso, a formação proporcionada pela FGV Direito Rio não se volta apenas para a produção de advogados, promotores e juízes. Um curso interdisciplinar como este pretende fornecer elementos para aqueles que buscam carreiras na política, no desenvolvimento de políticas públicas e em diferentes organizações da sociedade civil. Carreiras como essas exigem uma compreensão global de problemas, que só pode ser atingida a partir de perspectivas múltiplas. Exigem também a capacidade de interagir de forma produtiva com profissionais de formações variadas.

A dificuldade, no entanto, é dupla. Da parte do professor, cabe uma nota de caráter pessoal. Sou formado em Direito, com mestrado em Direito e doutorado em História. Portanto, transito com facilidade entre as duas áreas. Porém, para o curso, foi preciso desenvolver, até onde era possível, habilidades de análise tradicionalmente adquiridas em outros departamentos. A tarefa, quase sempre, é, ao mesmo tempo, enriquecedora e frustrante. Em muitas ocasiões, minhas limitações exigiram que, diante de uma pergunta em sala de aula, fosse preciso postergar a resposta para pesquisar mais sobre o tema ou, o que é mais gratificante, ouvir outro(a) aluno(a), que já tivesse alguma experiência no assunto. Nesse sentido, cabe ao professor entrar em sala aberto à construção colaborativa de conhecimento. Para o(a)s aluno(a)s, por outro lado, o engajamento com outras disciplinas pode ser difícil, mas abre novas possibilidades e maneiras diferentes de encarar os problemas jurídicos tradicionais. Cabe ao professor mantê-los motivados e mostrar, aula a aula, como a análise de textos e problemas aparentemente externos ao Direito podem ajudar a compreender o Direito e, quem sabe, instrumentaliza-lo para encontrar soluções para problemas sociais.

A ruptura de fronteiras dogmáticas internas ao Direito também aparece no programa apresentado. Tendo como centro um fenômeno social – as favelas –, o curso

não poderia se limitar a um determinado campo jurídico dogmático. As aulas passam por temas tradicionalmente estudados no Direito Civil – como o direito de propriedade; no Direito Penal e Processual Penal – como os mandados de busca e apreensão; no Direito Constitucional – como a interpretação de direitos sociais e normas programáticas; e no Direito Internacional – como a proteção internacional aos direitos humanos. Não é possível, portanto, encaixar o curso em nenhuma destas caixas cognitivas.

Neste ponto, as dificuldades para o professor parecem maiores do que aquelas apresentadas aos aluno(a)s. Um professor como eu, com alguma experiência em Direito Constitucional, certamente está há muito tempo sem estudar de perto problemas do Direito Civil ou do Direito Penal. Desta forma, as mesmas vantagens e desvantagens mencionadas para a ruptura dos limites externos se aplicam à ruptura dos limites dogmáticos. O(a)s aluno(a)s, por outro lado, dependendo do ano em que estejam, estão em contato mais imediato com todas as áreas dogmáticas. Por este motivo, fica ainda mais evidente o caráter dialógico e colaborativo do curso, na medida em que o(a)s aluno(a)s podem contribuir de maneira decisiva para a compreensão e solução de problemas apresentados em sala de aula.

V. TERCEIRO EIXO: O ESFORÇO DE INTERNACIONALIZAÇÃO

O curso “Favelas: *Law, Marginalization, and Development*” é ministrado em inglês, como parte do esforço de internacionalização da FGV Direito Rio. Desta forma, o curso atrai estudantes de intercâmbio que não dominam o português. O perfil destes aluno(a)s varia entre os que buscam um curso para compreender especificidades da realidade brasileira e aqueles interessados em carreiras voltadas ao desenvolvimento e inclusão social. Entre o(a)s aluno(a)s brasileiro(a)s, estão aqueles que, igualmente, têm interesse nestas carreiras e os que buscam uma experiência universitária internacional. Para atrair aluno(a)s brasileiro(a)s, os trabalhos de final de curso podem ser escritos em português.

Entre as dificuldades encontradas até o momento, estão a seleção da bibliografia e detalhes da própria experiência em sala de aula. Apesar de existir bibliografia abrangente sobre o tema em inglês, muito do que foi produzido sobre a realidade brasileira não se encontra traduzido para aquele idioma. Portanto, autores relevantes, como, por exemplo, os que desenvolveram a tese de Boaventura Sousa Santos sobre o pluralismo jurídico aplicado às favelas cariocas, ficam inacessíveis à maioria dos estudantes e não podem ser trabalhados em sala. A solução encontrada foi indicar estes textos como bibliografia complementar.¹⁴

A experiência em sala de aula conta com momentos de incompreensão, especialmente quando são discutidos conceitos de difícil tradução. Alguns alunos brasileiros chegaram a pedir que o curso fosse ministrado, em outro momento, em português. No entanto, estas dificuldades são facilmente superadas pela interação entre estudantes. A incompreensão e tradução mútuas são parte integrante do curso e

¹⁴ Por exemplo, JUNQUEIRA, E. B.; RODRIGUES, J. A. S.. A volta do parafuso: cidadania e violência. In: Plastino *et al.* **Direitos Humanos: um debate necessário**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

servem para estimular o diálogo e revelar diferenças importantes para a experiência internacional que a FGV Direito Rio busca. Alunos estrangeiros, por outro lado, já revelaram desconforto em discutir problemas locais de uma realidade da qual são observadores externos e temporários. Porém, o desconforto é parte da experiência de um curso que procura sensibilizar os estudantes para problemas que, mesmo para os brasileiros, lhes são muitas vezes alheios. A busca da compreensão e empatia começa com a desconstrução do mito da cidade partida, passa pelo desconforto em relação à realidade que nos rodeia, para chegar, idealmente, à compreensão de que é preciso ouvir o outro para que as soluções para a cidade sejam democráticas e duráveis.

VI. CONCLUSÃO

O curso “Favelas: *Law, Marginalization, and Development*” pode servir de base para uma agenda de pesquisa ainda não desenvolvida na FGV Direito Rio. Com os grandes eventos recentemente sediados pelo Rio de Janeiro, a pauta do “direito à cidade” voltou à tona. Organizações não governamentais e universidades debatem, hoje, os caminhos e descaminhos do que foi realizado na cidade durante a última década. Os avanços em infraestrutura, as violações de direitos, os legados da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, serviços como segurança, transporte, moradia, saúde e educação, somados às possibilidades democratizantes geradas por avanços tecnológicos, são alguns dos temas atualmente debatidos em fóruns políticos e acadêmicos.

Uma agenda de pesquisa sobre cidades – e, mais especificamente, sobre o Rio de Janeiro – pode se beneficiar da base teórica e do mapeamento de problemas oferecidos pelo curso. Para leva-la adiante, é preciso que professores, pesquisadores e alunos tomem iniciativa no sentido de criar grupos de estudo, projetos de trabalho de conclusão de curso, seminários e outras arenas de debate que englobem questões urbanas. Este potencial de pesquisa pode ser concretizado em projetos transversais a todos os centros de pesquisa da FGV Direito Rio – Centro de Justiça e Sociedade, Centro de Direito e Economia e Centro de Tecnologia e Sociedade – e em colaboração com outras unidades da FGV. Assim como na distribuição de conteúdo do curso, que rompe fronteiras disciplinares e dogmáticas, projetos sobre questões urbanas devem necessariamente incluir pesquisadores das mais variadas áreas do conhecimento.



PESQUISANDO *HABEAS CORPUS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

RESEARCHING *HABEAS CORPUS* IN THE SUPERIOR COURTS

THIAGO BOTTINO¹

RESUMO: O artigo apresenta parte dos produtos elaborados durante o Projeto de Pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos tribunais superiores”, selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil”, financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE). Trata-se de pesquisa empírica que examinou as impetrações de habeas corpus e recurso de habeas corpus perante o STF e o STJ no período de 2008 a 2012.

PALAVRAS-CHAVE: Habeas corpus; Recurso de habeas corpus; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Pesquisa empírica.

64

ABSTRACT: The article presents part of the products developed during the research project “Universal Panacea or constitutional remedy? Habeas corpus in the Superior Courts”, selected in the Public Call Ipea/PNPD 131/2012, under the project “Thinking the Law and the Penal Reform in Brazil”, funded by the Ministry of Justice (MJ) and the Research Institute of Applied Economics (Ipea), linked to the Strategic Affairs Secretariat (SAE). It is an empirical research that examined the habeas corpus and habeas corpus Appeal filled before the Brazilian Supreme Court (STF) and the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) from 2008 until 2012.

KEYWORDS: Habeas corpus; Habeas corpus Appeal; Brazilian Supreme Court; Brazilian Superior Court of Justice; Empirical Research.

¹ Coordenador acadêmico da graduação e professor pesquisador adjunto da FGV DIREITO RIO. Membro do corpo docente permanente da Pós-graduação Stricto Sensu da FGV DIREITO RIO. E-mail: thiago.bottino@fgv.br.



I. INTRODUÇÃO

A pesquisa empírica, infelizmente, ainda é pouco comum nas escolas de direito brasileiras. Mais rara ainda é a pesquisa empírica aplicada. Esse é talvez um dos principais diferenciais da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), cujos professores são constantemente estimulados a se debruçarem sobre um problema específico que afete a sociedade brasileira, fazendo diagnósticos, análises e propondo soluções a partir dos dados coletados. Pesquisar o Brasil hoje é uma forma de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições que compõem o sistema judicial brasileiro, missão da FGV Direito Rio.

Nesse texto, pretendo narrar a experiência de conduzir uma pesquisa com financiador externo (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA), para subsidiar uma política pública na área da justiça (o destinatário da pesquisa era o Ministério da Justiça - MJ), envolvendo análise de dados de processos judiciais (os Habeas Corpus impetrados perante os tribunais superiores), com uma equipe interdisciplinar em diferentes etapas de formação (doutores, mestres, mestrando e graduandos, nas áreas de direito, engenharia e informática).

O objetivo não é, portanto, apresentar os resultados da pesquisa já realizada, os quais podem ser acessados no site da FGV Direito Rio (<http://diretorio.fgv.br/projetos/habeas-corpus-nos-tribunais-superiores>). Dividi essa narrativa em quatro partes: (1) apresentação do problema e dos objetivos da pesquisa; (2) formação e treinamento da equipe; (3) construção da base de dados para análises quantitativas e qualitativas; (4) repercussões da pesquisa; e, (5) uma agenda de pesquisa deste tema para o Brasil contemporâneo.

II. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E DOS OBJETIVOS DA PESQUISA

Em setembro de 2012, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a orientação no que tange ao conhecimento de *habeas corpus* (HC). O principal argumento do Relator do HC 109.956, Ministro Marco Aurélio, para votar pela inadequação do *habeas corpus* não tratou de dogmática jurídica, mas sim de gestão judiciária. A recusa em conhecer o HC foi o grande número de ações similares ajuizadas perante o STF nos últimos anos :

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas substitutivo* do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata



de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

Essa nova orientação foi imediatamente seguida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu de forma semelhante o HC 216.882, não conhecendo HC impetrado em substituição ao Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* (RHC), cabível no caso concreto.

Essas decisões (e as que se seguiram no mesmo sentido) receberam fortes críticas na medida em que reproduziam a limitação à utilização do HC utilizada pela ditadura militar por meio do Ato Institucional nº 6 (que alterou a Constituição para suprimir a impetração de HC substitutivo de RHC).

Nesse contexto, o IPEA e o MJ se uniram para lançar um edital de seleção de pesquisadores com o

objetivo aproximar comunidades epistêmicas especializadas no processo de elaboração normativa e de aperfeiçoamento das políticas públicas, em temas prioritários definidos pelo Ministério da Justiça, Ipea e diversos outros parceiros no Governo Federal. As pesquisas, de cunho empírico, aplicado e multidisciplinar, exploram dilemas e desafios reais que ensejam intervenções de caráter normativo ou revisões de políticas públicas”².

Os objetivos gerais da pesquisa eram a realização de análises sobre dados detalhados da quantidade, espécie, origem, resultado, fundamento da decisão e tempo de tramitação dos processos de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2008 e 2012, posteriormente ampliado para o período 2006-2007 e 2013-2014³. Buscava-se avaliar a realidade de distribuição, tramitação e julgamento de *habeas corpus* nos tribunais superiores com a finalidade de buscar soluções que harmonizem sua utilização – como garantia de acesso à justiça – e a prestação jurisdicional célere, tendo em vista o atual aparelhamento dos órgãos julgadores.

Os objetivos específicos eram: a) a produção de uma base de dados sobre os processos do STJ e STF; b) isolamento das variáveis: data de impetração; partes; origem; autoridade coatora; matéria; fundamento da decisão; e reconhecimento ou não de repercussão geral, visando a produzir gráficos e análises de distribuição, evolução e correlação; c) a redação e publicação de um relatório e um artigo científico com base nos resultados do levantamento.

O tema “*habeas corpus*” é sensível. Com efeito, a previsão da ação de *habeas corpus* consta da Constituição Brasileira de 1988 no capítulo dos direitos e garantias

² Texto constante da Chamada Pública Simplificada IPEA/PNPD N° 131/2012.

³ Chamada Pública Simplificada IPEA/PNPD n° 098/2014.

fundamentais (art. 5º, LXVIII⁴). Não se trata de novidade no sistema constitucional brasileiro. Todas as constituições, com exceção da de 1824, previram tal ação⁵. No início da República, a extensão dada a essa ação foi tamanha que a polêmica que se formou sobre a interpretação da disposição constitucional ficou conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” e só foi encerrada com a aprovação de uma emenda constitucional, em 1926, limitando a utilização do *habeas corpus* para situações em que estivesse ameaçada a liberdade de locomoção⁶.

Por outro lado, os regimes autoritários, de modo geral, sempre nutriram desconfiança dessa ação de proteção da liberdade individual. Não por outro motivo, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu o recurso *ex-officio* (*rectius*, reexame necessário) das decisões concessivas de *habeas corpus* por juiz de primeiro grau (art. 574, I, do CPP) ao argumento de defesa social⁷.

Com efeito, o único período histórico no qual se limitou a utilização do *habeas corpus* no Brasil foi durante a ditadura militar, por meio da edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968: “Art. 10 – Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.” De forma similar, como já mencionado, o Ato Institucional nº 6, de 01 de fevereiro de 1969, alterou a Constituição para impedir a impetração de HC substitutivo de RHC:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

A preocupação do regime ditatorial em proibir a impetração de *habeas corpus* e sua utilização como substitutivo de recurso de *habeas corpus* revela a importância processual do instituto e também sua relevância histórica. Não por outra razão, com a redemocratização, essa ação passou a ser utilizada com força renovada.

⁴ “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”

⁵ Anote-se, por importante, que o *habeas corpus* já surgiu com as principais características que até hoje o colorem, tais como a possibilidade de pedido em nome alheio e o rito especial, marcado pela celeridade e pela simplicidade. O Código Criminal de 1832 dispensava o pagamento de emolumentos, previa a concessão da ordem *ex officio*, o cabimento contra ato de particular e punições para quaisquer pessoas que se negassem ou dificultassem o cumprimento imediato da ordem.

⁶ PONTES DE MIRANDA, José Francisco: **História e prática do *habeas corpus* (Direito constitucional e processual comparado)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961.

⁷ A exposição de motivos do CPP, redigida por Francisco Campos (publicada no DOU de 13/10/1941 afirma: “Ora, se admitiu recurso para o Tribunal de Apelação, da sentença do juiz inferior no caso de denegação do *habeas corpus*, não seria compreensível que a Constituição [Carta outorgada de 1937], visceralmente informada no sentido da incontestável supremacia do interesse social, se propusesse à abolição do recurso *ex-officio*, para o mesmo Tribunal de Apelação, da decisão concessiva de *habeas corpus*, também emanada do juiz inferior, que passaria a ser, em tal caso, *instância única*”.

Desde então, o *habeas corpus* vinha sido utilizado com frequência cada vez maior nos tribunais superiores, sobretudo no STF. Entre 1990 e 2012 o crescimento de ações ajuizadas foi de 397%, representando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012⁸, (foram 4.846 *habeas corpus*, ficando atrás, em número de feitos julgados, apenas dos recursos extraordinários e agravos de instrumento). O recurso ordinário de *habeas corpus* teve crescimento muito maior, de 1.170%, porém continua representando apenas 0,28% dos julgamentos do STF em 2012.

Medidas pontuais haviam sido tomadas pelo STF para estreitar o âmbito de utilização do *habeas corpus*. Considerando-se apenas as súmulas do STF acerca do tema desde a redemocratização, houve limitações em 1984⁹ e 2003¹⁰. No entanto, as hipóteses de impetração alcançadas por esses enunciados são pouco relevantes numericamente, talvez com exceção da Súmula nº 691, a qual, contudo, é frequentemente desrespeitada pelo próprio STF. Por outro lado, também em 2003, foi estabelecida uma nova possibilidade de impetração, não prevista na Constituição¹¹, criando uma nova hipótese de cabimento de HC, entendimento que só perdurou, contudo, até 2007.

Mas o ponto mais importante é que tais medidas restritivas não foram capazes de gerar uma redução significativa na demanda (se é que geraram esse efeito): a média de HC's no STF entre 2008 e 2012 foi de 5.845,4 casos e no STJ de 32.935,6 casos. Em 2013, o STF julgou mais de 5 mil *habeas corpus* (HC's) e cerca de 800 recursos de *habeas corpus* (RHC's). No STJ, a situação se mostra ainda mais dramática: mais de 31 mil HC's e cerca de 6 mil RHC's julgados em 2013. Tais números se mantiveram em patamares extraordinariamente altos. Incompatíveis com uma prestação jurisdicional célere e qualificada. Uma situação insatisfatória para jurisdicionados, advogados e julgadores.

Portanto, o problema do alto número de processos persistia. E gerando efeitos perversos. De um lado, a demora no julgamento de ações que são, por sua própria natureza, urgentes. Considerados todos os HC's e RHC's impetrados entre 2008 e 2012, estavam ainda pendentes de julgamento em 2013 cerca de 9% no STF e 11% no STJ. Também é alto o percentual de HC's e RHC's que, quando chegam ao julgamento, são considerados prejudicados: cerca de 20% no STF e de 25% no STJ, considerando o

⁸ A situação é semelhante no STJ, onde o número de *habeas corpus* ajuizados anualmente dobrou em apenas 3 anos, entre 2008 e 2011. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corpus-stj-dobra-tres-anos>. Acesso em 15/01/2013.

⁹ Súmula 606, de 29/10/1984: "Não cabe *habeas corpus* originário para o tribunal pleno de decisão de turma, ou do plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso".

¹⁰ Súmulas 691, 692, 693, 694 e 695, todas de 09/10/2003: **Súmula nº 691:** Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do relator que, em "habeas corpus" requerido a tribunal superior, indefere a liminar. **Súmula nº 692:** Não se conhece de "habeas corpus" contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito. **Súmula nº 693:** Não cabe "habeas corpus" contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. **Súmula nº 694:** Não cabe "habeas corpus" contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública. **Súmula nº 695:** Não cabe "habeas corpus" quando já extinta a pena privativa de liberdade.

¹¹ Súmula 690: "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de julgados especiais criminais" de 09/10/2003. Esse entendimento só foi modificado em 2007.

período entre 2008 a 2012. Somadas, as taxas de “injustiça pela demora” correspondem a quase um terço de todas as impetrações.

De outro lado, a fim de acelerar a prestação jurisdicional, os Ministros passaram a julgar os HC's e RHC's de forma monocrática. Entre 2008 e 2012, os julgamentos monocráticos representaram 68,8% do total de casos julgados pelo STF e 59,4% no STJ. Essa solução tem o efeito danoso de concentrar os julgamentos nos Ministros Relatores, privilegiando um modelo de decisões monocráticas em vez de decisões colegiadas. Além disso, viola o direito ao juiz natural e introduz um mecanismo que afeta a isonomia dos julgamentos. Finalmente, impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores.

Portanto, a questão mais importante, nos dias atuais, que envolve o *habeas corpus* trata da sua amplitude. A tarefa não é tanto de interpretar o texto descrito na Constituição, mas sim de construir um entendimento doutrinário e jurisprudencial de sua aplicabilidade que assegure eficácia para essa garantia, sem, contudo, inviabilizar a atuação das cortes superiores. Ademais, a velocidade com que essas ações chegam aos tribunais superiores criam condições para que se aponte certo “desprestígio” das instâncias ordinárias da justiça, diminuindo o poder simbólico dessas decisões e consolidando a imagem de que o STF não é uma Corte Constitucional, e sim mais uma instância recursal.

Contudo, dados divulgados pelo próprio STF mostram número considerável de concessões de *habeas corpus*, criando nos advogados e partes um estímulo ao ajuizamento dessas ações e indicando um funcionamento inadequado das instâncias inferiores. O desafio de aperfeiçoar a prestação jurisdicional deveria, necessariamente, levar em consideração as razões desse crescimento exponencial das ações de *habeas corpus*. Era provável que novas restrições ao conhecimento dessas ações, ignorando as razões desse aumento, acabassem por prejudicar ainda mais o acesso à justiça no Brasil.

Mais importante do que simplesmente impedir o ajuizamento das ações era entender os fatores que geram essa pressão sobre os tribunais superiores e atacar as causas do excesso de *habeas corpus*¹².

Nesse sentido, o projeto de pesquisa se dispunha a identificar as principais teses jurídicas que são levadas aos Tribunais Superiores para que se possa pensar em políticas públicas (legislativas e jurisprudenciais) que permitam conciliar a proteção da liberdade de locomoção com o sistema de competências das diversas instâncias judiciárias.

¹² Um exemplo é a constatação de que determinadas teses jurídicas, se não acolhidas pelas instâncias inferiores, pressionam os tribunais superiores: “O ritmo das impetrações [no STJ] cresceu bastante a partir de 2004, quando a 6ª Turma passou a conceder a ordem para garantir o direito de progressão penal aos condenados por crimes tidos como hediondos. De 2004 para 2005, os pedidos aumentaram em 45%. No ano seguinte, depois de o STF declarar a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos no STJ saltou 87%”. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corporus-stj-dobra-tres-anos> acesso em 15/01/2013.



III. FORMAÇÃO E TREINAMENTO DA EQUIPE

O início da atividade de pesquisa consistiu na seleção e treinamento de uma equipe. Privilegiou-se a composição de um grupo plural, com integrantes de outras universidades. Embora o projeto estivesse formalmente institucionalmente vinculado à FGV direito rio, pesquisadores vinculados a outras Universidades Federais (UNIRIO), Estaduais (UERJ) e Privadas (UNESA) foram incorporados ao grupo.

A equipe também contou com cerca de 40 profissionais de diferentes capacitações: doutores, mestres, mestrandos e alunos de graduação, alguns deles com bolsas de iniciação científica, concedidas pela FGV Direito Rio, pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, pela FAPERJ e pelo CNPq.

Além disso, tendo em vista o objetivo de realizar pesquisa quantitativa com rigor metodológico e manuseio de grande número de julgados na base a ser examinada, a equipe de pesquisa contou com profissionais com formação de outras áreas: um engenheiro da computação (com mestrado em administração) e um bacharel em informática (com mestrado em matemática).

A equipe organizou-se da seguinte forma: um coordenador da pesquisa¹³, um assistente de pesquisa¹⁴, pesquisadores seniores¹⁵ e alunos de graduação¹⁶.

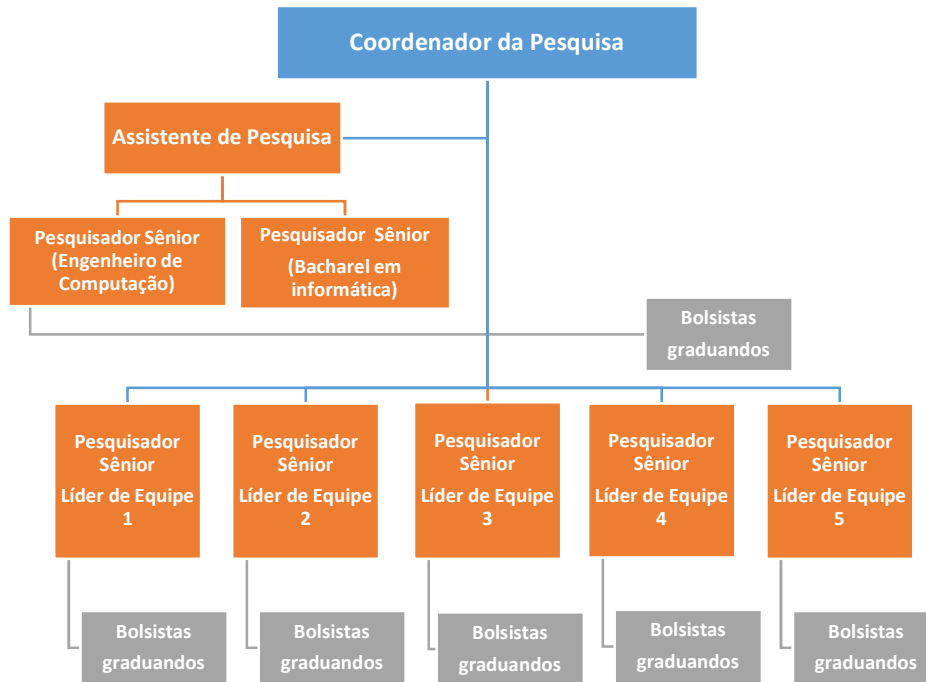
¹³ Thiago Bottino do Amaral. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999), Mestre (2004) e Doutor (2008) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Professor adjunto da FGV DIREITO RIO e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do IAB e integrante da Comissão Permanente de Direito Penal. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Penal, Economia, Governança e Regulação”, no qual se insere o projeto de pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores” (cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil). Como Coordenador da pesquisa, foi responsável pela orientação dos trabalhos, contatos institucionais, discussão teórica e seleção bibliográfica. Remunerado como pesquisador visitante do IPEA.

¹⁴ Ivar Alberto Martins Hartmann. Mestre em Direito Público pela PUC-RS e Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor e Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Coordenador do projeto Supremo em Números. Responsável pela supervisão da equipe técnica dedicada à construção dos mecanismos de obtenção dos dados diretamente nos servidores dos Tribunais Pesquisados. Remunerado como assistente de pesquisa do IPEA.

¹⁵ Bruno de Castro da Rocha, Daniel de Magalhães Chada, Eugeniusz Costa Lopes da Cruz, Felipe Araújo Silva, Israel da Silva Teixeira, Julia Leite Valente, Orlando Ribeiro da Silva Netto, Paulo Ricardo Figueira Mendes e Rogério de Barros Sganzerla. Responsáveis pela análise e validação do material pesquisado e pela revisão das atividades dos bolsistas graduandos, atuando sob a orientação direta do Coordenador. Remunerados com recursos da pesquisa.

¹⁶ Alan Sapir, Alessandra Szpunar, Amanda Pimenta Gil Prota, Ana Beatriz Mandina da Graça Couto, Ana Heymann Arruti, Ana Luiza Aucar Pinheiro, Arthur Lardosa dos Santos, Beatriz Nunes Valim, Bianca Dutra da Silva Rego, Bruna Brilhante Peluso, Daniel Lopes da Silva Ferreira Oliveira, Eduardo Cavaliere Gonçalves Pinto, Fernando Seraphim Nunes, Gabriel Borges Mariano, Giulia Schettino Rigolon, Gustavo Cavaliere da Rocha, Harllos Arthur Matos Lima, Igor da Costa Damous, Jacques Felipe Albuquerque Rubens, João André Dourado Quintaes, João Moreno Onofre Barcellos, José Luiz Nunes, Juliana Dantas Machado, Larianne Pinto Sampaio, Larissa de Lima e Campos, Leonardo Kozlowski Miguez, Luca Pereira Wanick Vannuzini, Lucas Ferreira Machado Homem, Lucas Florençano de Castro Monteiro, Lucas Matheus Bastos, Lucas Seta Araujo Figueiredo, Lucas Valentim Mendes, Luis Guilherme Scherma Reis, Marcelo Mattos Fernandes, Marcos Vinícios Belmiro Proença, Matheus Eleon Figueiredo Vieira, Patricia Motta Rubio Pinto Alves, Patricia Perrotta de Andrade,

Figura 1 – Estrutura da equipe



Fonte: elaborado pelo autor.

Ao longo da pesquisa, houve substituição de alunos graduandos, bem como modificação dos alunos bolsistas. Um esforço importante foi feito no sentido de convergir as atividades de iniciação científica dos alunos para a pesquisa, tendo em vista o breve período de trabalho e a necessidade de concentração de esforços. Diante do alto número de pesquisadores, com diferentes formações, foi necessária uma etapa de treinamento com a finalidade de uniformizar o grupo. Durante as primeiras três semanas de trabalho, o Coordenador realizou aulas expositivas, exercícios e conduziu discussões para que os integrantes da equipe estivessem todos no mesmo nível de conhecimento, necessário ao bom andamento do trabalho.

Em seguida, houve a divisão da equipe em pequenos grupos, cabendo a cada mestre ou mestrando a supervisão do trabalho dos alunos de graduação. Por sua vez, esses líderes de grupos estavam sob a supervisão direta do coordenador e do assistente

Pedro Henrique Archer, Pedro Henrique Lourenço da Costa, Rafael Serra de Carvalho, Raphael Rodrigues da Cunha Figueiredo, Rebecca Jardim de Barros, Ricardo Carrion Barbosa Alves, Ricardo Duarte Fernandes Figueira, Rodrigo Corrêa Rebello de Oliveira, Sávio Azevedo Capra Marinho, Tecio de Aguiar Rodrigues, Thais Barberino do Nascimento, Thiago Silva Belisário, Victor Morozowski Guimarães, Vinicius Cardoso Reis e Yasmin Curzi de Mendonça. Responsáveis pelo fichamento dos casos, organização das tabelas, preparação dos gráficos e questões operacionais. Remunerados com recursos da pesquisa ou com bolsas de iniciação científica de agências de financiamento públicas (PIBIC/CNPq e IC/FAPERJ) ou concedidas pelas instituições de ensino (FGV e UNIRIO).

de pesquisa. As equipes foram divididas de modo que os pesquisadores ficassem dedicados aos casos do STJ ou do STF. Metodologia semelhante foi empregada na etapa qualitativa, dividindo-se os pesquisadores por grupos de temas.

Para permitir a comunicação horizontal de todos os pesquisadores, foi criado um ambiente virtual de livre acesso a todos os integrantes, no qual também foram armazenados os principais documentos relativos à pesquisa.

As duas semanas seguintes foram dedicadas à elaboração de uma planilha-padrão, que seria preenchida a partir da leitura do inteiro teor dos casos pesquisados. Houve uma série de testes, revisões e modificações nesse documento, a fim de que ele abrangesse todas as variáveis pesquisadas. Optou-se por utilizar o software Excel, da Microsoft, para o preenchimento dessas planilhas por dois motivos: (1) possibilidade de exportação dos dados para outros softwares capazes de realizar os cruzamentos de informações; (2) facilidade de acesso e de manuseio pelos pesquisadores.

Encerrada a construção da planilha, desenvolveu-se um “Manual de Preenchimento”, contendo as orientações para que o tratamento das informações pelos pesquisadores fosse uniformizado. Esse documento foi também amplamente discutido antes do início dos trabalhos, culminando numa versão definitiva após três modificações.

Inobstante o rigor com os mecanismos de uniformização do preenchimento das planilhas, foi estabelecido um mecanismo de fiscalização pelos líderes de grupo durante o preenchimento. Foram realizados encontros semanais de cada equipe com seu líder, dos quais participavam o Coordenador ou o Assistente de pesquisa. Dúvidas de preenchimento eram respondidas por *email* a fim de manter a padronização. Ao final, cada planilha preenchida passava por uma revisão do líder.

IV. CONSTRUÇÃO DA BASE DE DADOS PARA ANÁLISES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

Diante dos milhares de julgados a serem examinados de forma individualizada optou-se pela utilização de uma amostra estatística. Com efeito, embora a FGV Direito Rio possuísse as bases de dados do STF e do STJ (ambas obtidas mediante uso de *crawlers*¹⁷), algumas das variáveis solicitadas pelo IPEA e pelo MJ não são classificadas pelos tribunais. Ademais, a sofisticação dessas variáveis impediu inclusive a utilização de softwares de *text mining* (mineração de texto), sendo indispensável o exame individual de cada julgamento proferido em sede de *habeas corpus*.

Considerando todos os casos julgados no STJ e no STF entre os anos de 2006 e 2014, identificaram-se 302.507 (trezentos e dois mil quinhentos e sete casos). Desta população escolheu-se uma amostra de seis por cento dos totais anuais, acumulando cerca de 6% de amostra do total. As amostras anuais tanto para o STJ quanto para o STF são apresentadas na tabela abaixo:

¹⁷ Os *web crawlers* ou *web spiders* são programas de computador rastreadores, que navegam automaticamente pelas páginas da internet e são usados para obter tipos específicos de informação. No caso, ao navegar pelos sites do STF e STJ, esses programas são capazes de reunir e sistematizar todos os dados disponíveis para cada processo cuja tramitação consta do site.

Tabela 1 – Base de dados

	STJ HC		STJ RHC		STF HC		STF RHC	
	Total	Amostra	Total	Amostra	Total	Amostra	Total	Amostra
2006	21.460	1.073	1.840	92	2.260	113	230	12
2007	24.300	1.215	2.120	106	3.180	159	250	15
2008	27.451	2.403	1.371	120	3.852	193	192	10
2009	32.900	2.199	1.645	109	4.867	244	243	13
2010	35.141	2.053	1.757	102	4.592	230	229	12
2011	36.575	2.315	1.828	115	5.000	250	250	13
2012	32.514	3.115	1.625	155	4.572	229	228	12
2013	18.300	915	9.200	460	3.320	166	180	9
2014	11.560	578	4.960	248	2.320	116	195	10
TOTAL	240.201	15.866	26.346	1.507	33.963	1.700	1.997	106
Universo total de casos: 302.507								
Universo total da amostra: 19.179								

Fonte: Elaborado pelo autor.

A escolha dos processos foi feita por amostra aleatória uniforme, ano a ano, garantindo a proporção anual, porém também garantindo aleatoriedade e independência na amostra. O método escolhido tem similaridade com *stratified sampling*, em que obedece as suas principais premissas: *i*) os subgrupos devem ser exaustivos: dentro da escolha de estudar os anos de 2006 a 2014, criou-se um subgrupo para cada ano em questão; e *ii*) não há membros ocupando mais de um grupo. Contudo, a amostragem manteve totais proporcionais em cada subgrupo. Esta amostra garante uma aproximação suficiente ao valor esperado, a saber:

$$Pr\left(\lim_{n \rightarrow \infty} \bar{X}_n = \mu\right) = 1$$

Importante frisar que, ao contrário do STJ, o método de numeração de processos do Supremo Tribunal Federal não é contínuo, *i.e.*, dois processos subsequentes não terão necessariamente numeração *X* e *X+1*. Contudo, observou-se que processos de

data mais recente não ocorrem com número mais baixo.

Em outras palavras, um processo mais recente, mesmo que não obedecendo a uma numeração contínua, não exibe número mais baixo que um processo mais antigo em nenhuma ocasião. Esta característica foi explorada para inferir que, apesar de não linear, um limite superior pode ser extraído, presumindo que todos os processos HC/RHC terão números entre o inicial e o final, a cada ano. Assim, a amostra foi escolhida com base neste limite superior.

Uma vez estabelecido o método de amostragem, gerou-se amostra a partir de distribuição uniforme sobre os números de processo de cada tribunal. Os processos foram divididos em planilhas de 15, 25 e 50 processos cada, e distribuídos ao corpo de pesquisadores, para preenchimento manual. As listas de processos foram geradas com base nos parâmetros especificados na proposta inicial, remetida e aprovada pelo IPEA, e nas demais reuniões que determinaram ajustes no projeto inicialmente enviado.

Foram incluídos os seguintes campos: “relator”, “órgão julgador”, “impetrante”, “autoridade coautora”, “matéria criminal” (binário, sim/não), “réu preso” (binário, sim/não), “liminar” (binário, sim/não), “julgamento”, “parecer do MP”, “fundamento”, “*ex-officio*” (binário, sim/não), “tipo penal” (permitindo até cinco) e “tema” (permitindo até dois).

Nos campos “relator”, “órgão julgador”, “impetrante”, “autoridade coautora”, “julgamento”, “parecer do MP” e “fundamento”, foi previamente cadastrada na planilha uma relação de opções. Já os campos “matéria criminal”, “réu preso”, “liminar” e “*ex-officio*”, o sistema adotado de preenchimento foi do tipo binário (sim/não e “não há informação”). Por fim, nos campos “tipo penal” e “tema” foi utilizada uma relação de opções não excludentes, isto é, permitindo mais de uma opção simultânea por processo (até cinco opções simultâneas por processo no campo tipo penal e até duas opções simultâneas por processo no campo tema). Ao final da pesquisa, a base de dados foi consolidada de modo a poder gerar os gráficos constantes desse relatório.

A metodologia da pesquisa proposta para atender aos objetivos lançados no edital é simultaneamente quantitativa e qualitativa. Para a pesquisa quantitativa, foram construídas duas bases de dados: uma com processos do STF e outra com processos do STJ, ambas em formato MySQL. Em um segundo momento, em análise exploratória, buscou-se a extração de padrões de comportamento, tanto quanto a identificação de *outliers* significativos.

Posteriormente, identificados os pontos de maior relevância – principal origem dos processos, principais impetrantes, principais temas e crimes em cada origem – houve uma nova análise, dessa vez qualitativa, para identificar as questões jurídicas que apareciam associadas aos crimes, temas, origem e impetrantes.

Para as extrações baseadas em dados categóricos ou numéricos utilizou-se replicação de dados para a otimização da análise exploratória. Foram populadas múltiplas bases de dados, tanto de cunho relacional (e.g. MySQL) quanto estilo *column-store* (e.g. MonetDB) e *document-based* (e.g. Mongo-DB) a fim de permitir análises rápidas sobre diferentes facetas da massa de dados de processos. Esta replicação permite que quase qualquer análise possa ser efetuada de forma dinâmica e flexível.

Da mesma forma, o conteúdo textual dos processos de *habeas corpus* será indexado, permitindo análises em tempo real sobre todo o conteúdo do corpus. A ferramenta *Elastic Search*, construída sobre o atual *benchmark* de indexação para textos (a API Lucene) permitiu a indexação de quantidades massivas de dados e posterior consulta de forma facetada, além de incluir funcionalidades de *sharding* e paralelismo transparentes para otimização do tempo de resultados com uso de mais de um computador em conjunto.

Análises e visualizações foram efetuadas via a linguagem Python, uma das mais disseminadas para a criação de aplicações e sistemas na atualidade, fazendo uso das bibliotecas Numpy, Scipy, Matplotlib, NetworkX, Pygraphviz, entre outras.

A utilização desses *softwares* permitiu a construção de uma plataforma dinâmica de visualização. A *software stack* é composta por tecnologias como HTML e CSS para estruturação e estilização da página, respectivamente, e Javascript como a linguagem de programação para construção da correlação dos dados e efeitos visuais interativos. Ainda dentro do domínio do Javascript, JSON como formato de notação dos dados consumidos e processados pela visualização. Vale mencionar também a utilização da linguagem de programação Python para pré-processamento dos dados levantados pelos pesquisadores do projeto, possibilitando a integração das simples planilhas do Excel com o ferramental de alto nível utilizado.

V. REPERCUSSÕES DA PESQUISA

Por se tratar de pesquisa aplicada, envolvendo diversos atores institucionais diferentes (tribunais superiores, tribunais de 2ª instância, advogados e defensores públicos), foram realizadas diversas apresentações para discussão dos resultados iniciais, parciais e finais.

A primeira delas foi uma apresentação reservada seguida de debate ocorrida na Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), no dia 16 de outubro de 2013. O encontro contou com a participação do coordenador, prof. Dr. Thiago Bottino, do assistente de pesquisa, prof. Msc. Ivar Hartmann e de dois pesquisadores. Participaram ainda diversos defensores públicos, dentre eles o 1º Sub-Defensor Público Geral, a Defensora Pública Coordenadora do Núcleo de 2ª Instância e Tribunais Superiores, os defensores responsáveis pelo escritório da DPESP em Brasília, a coordenadora de pesquisa da DPESP, os defensores coordenadores da área de *habeas corpus* da DPESP, além de outros defensores públicos. Nessa ocasião também estiveram presentes representantes do IPEA e do MJ.

A segunda experiência foi uma apresentação reservada seguida de debate no Superior Tribunal de Justiça, em 25 de novembro de 2013, da qual participaram, além do Coordenador e do Assistente da pesquisa, o Coordenador Geral de Estudos e Pesquisas Normativas da Secretaria de Assuntos Legislativos e nove Ministros daquela corte¹⁸, sendo oito deles integrantes das 5ª e a 6ª Turmas (que possuem

¹⁸ Ministros Og Fernandes (que até pouco tempo antes integrava uma das Turmas criminais), Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze (Presidente da 5ª Turma), Maria Thereza de Assis Moura, Paulo de

competência), ocasião em que expuseram seus pontos de vista, contribuindo para a análise dos dados colhidos. Encerrada a primeira etapa da pesquisa, foram feitas mais oito apresentações, sendo duas delas em eventos internacionais:

- (1) em 16 de maio de 2014, no Tribunal de Justiça de São Paulo;
- (2) em 20 de maio de 2014, na sede do Conselho Federal da OAB;
- (3) em 28 de maio de 2014, na Escola de Direito de São Paulo da FGV;
- (4) em 02 de junho de 2014, no Superior Tribunal de Justiça;
- (5) em 04 de agosto de 2013, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro;
- (6) em 29 de agosto de 2014, no 20º Seminário Internacional do IBCCRIM;
- (7) em 21 de outubro de 2014, na Conferência Nacional da OAB; e,
- (8) em 21 de novembro de 2014, na Harvard Law School.

Além disso, foram produzidos diversos trabalhos acadêmicos com base nos dados coligidos, cumprindo assim o papel do projeto “Pensando o Direito” de envolver a academia na discussão das políticas públicas para o aperfeiçoamento do funcionamento do sistema de justiça:

1. AMARAL, Thiago Bottino Do: “Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal?”. Boletim IBCCRIM, v. 246, p. 10, 2013.
2. AMARAL, Thiago Bottino Do ; HARTMANN, Ivar Alberto M. “Radiografia do habeas corpus no STJ”. Boletim IBCCRIM, v. 253, p. 2, 2013.
3. AMARAL, Thiago Bottino Do: “Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate”. Boletim IBCCRIM, v. 262, p. 2-4, 2014.
4. AMARAL, Thiago Bottino Do: “Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – propostas para reflexão”. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 112, 2015.

Não obstante, considero que as repercussões mais importantes tenham ocorrido justamente no plano da atuação prática dos atores institucionais envolvidos. Na medida em que os resultados da pesquisa passaram a ser conhecidos, ocorreram importantes mudanças na forma como se via a questão dos *habeas corpus*.

Um bom exemplo dessa modificação mais significativa é a entrevista concedida pelo Ministro Marco Aurélio ao site Consultor Jurídico no final do ano de 2014, depois de realizadas dez apresentações seguidas de discussão do relatório final da pesquisa: o responsável pela mudança de orientação no STF afirmou “*Se arrependimento matasse, hoje eu estaria morto*”¹⁹, referindo-se à restrição ao conhecimento das ações de HC.

Tarso Vieira Sanseverino, Regina Helena Costa, Ricardo Villas Bôas Cueva, Rogerio Schietti Cruz e Sebastião Alves dos Reis Júnior (Presidente da 6ª Turma).

¹⁹ <http://www.conjur.com.br/2014-dez-21/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal>

Já o Ministro do STJ, Rogério Schietti Cruz, em apresentação na XXII Conferência Nacional dos Advogados, utilizou-se dos dados coligidos pela pesquisa para propor uma mudança na jurisprudência daquele tribunal²⁰.

Esse o impacto real e imediato característico das pesquisas empíricas de caráter aplicado.

VI. UMA AGENDA DE PESQUISA DESTE TEMA PARA O BRASIL CONTEMPORÂNEO

O objetivo fundamental da pesquisa era a apresentação de medidas concretas capazes de aperfeiçoar o sistema de prestação jurisdicional, sem que se inviabilize o acesso à jurisdição nem se limitem direitos e garantias fundamentais. Tais propostas foram formuladas e constituíam, basicamente, indicações para consolidação da jurisprudência. No entanto, o que a pesquisa mostrou como questão central é a necessidade de que pesquisas semelhantes ocorram de forma contínua.

Explica-se.

O *habeas corpus* é e sempre foi um mecanismo ágil para a proteção da liberdade fundamental. Sua utilização no sistema processual penal brasileiro está indissociavelmente ligada à evolução da cidadania no Brasil e à proteção das liberdades civis. No início da República, as ameaças provinham, sobretudo, do Poder Executivo, e os embates entre o STF e o Presidente Floriano Peixoto (geralmente julgando *habeas corpus*) constituíram uma defesa importantíssima para a afirmação das liberdades civis²¹. Igualmente, as ditaduras que assolaram o Brasil nas décadas de 30/40 e 60/70 do século passado sofreram importantes limitações pelo Poder Judiciário graças ao manejo dessa ação, chegando ao ponto da ditadura militar editar o famigerado Ato Institucional nº 05/1968 proibindo a utilização de *habeas corpus* para crimes políticos.

Os dados da pesquisa indicaram que, atualmente, as principais questões jurídicas discutidas em sede de *habeas corpus* provêm do Poder Legislativo, mediante a edição de legislações que, posteriormente, são declaradas inconstitucionais (não sem antes gerar volumes enormes de impetrações apontando essa inconstitucionalidade), e também do próprio Poder Judiciário, na medida em que as decisões dos tribunais superiores demoram a ser incorporadas pelos magistrados de primeiro e segundo grau, gerando insegurança jurídica e alimentando a espiral de processos nos tribunais superiores.

Não se olvida que a liberdade de qualquer membro do Poder Judiciário de decidir a causa a partir de sua livre convicção motivada é fundamental para a saúde do sistema jurídico brasileiro. Trata-se, ademais, do mecanismo mais apropriado para que

²⁰ <http://docslide.com.br/documents/xxii-conferencia-nacional-dos-advogados-rio-2014-habeas-corporis-e-violacoes-ao-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-rogerio-schietti-ministro-do-superior.html>

²¹ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006.



determinadas opções legislativas sejam amadurecidas a partir dos casos concretos que chegam diariamente às mãos de juízes e desembargadores.

No entanto, amadurecidas essas questões nos diferentes tribunais do país, o sistema depende da uniformização da jurisprudência pelos tribunais superiores. E, uma vez que esses tribunais se manifestam também de forma reiterada sobre determinada questão jurídica, a saúde do sistema passa a depender da replicação desse entendimento pelos órgãos de primeira e segunda instância. A pesquisa indicou que grande parte do congestionamento dos tribunais superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados.

Ademais, muitas impetrações decorrem da oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo tribunal superior. A falta de mecanismos que estimulem a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios tribunais superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações de HC e RHC. Verificou-se uma pequena queda no número de impetrações tanto no STJ como no STF a partir de 2010, quando o STJ editou oito novas Súmulas em matéria penal²², sendo três delas sobre temas que figuram dentre as dez questões mais discutidas naquele Tribunal²³.

A limitação do conhecimento de *habeas corpus* não teria o condão de resolver o problema, portanto. Ao contrário, seria capaz de evitar a própria solução. É que, historicamente, mas, sobretudo, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de HC's ou RHC's.

Os *leading cases* (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos tribunais superiores graças ao fato de que HC's e RHC's chegavam livremente aos tribunais superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que, em matéria penal, o HC é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Feitas essas ponderações, a pesquisa aponta que o crescimento dos *habeas corpus* são apenas um "sintoma" e não a "doença". Como a febre que aparece quando há uma infecção. Deve-se, contudo, acompanhar esse "sintoma" para que as "doenças" sejam detectadas. O crescimento das ações de *habeas corpus* deve ser observado de forma contínua, já que as razões para impetração podem variar.

Contudo, uma vez identificada a questão jurídica subjacente, o sistema já apresenta os mecanismos, ou "remédios". Se houver concentração de ações ligadas à determinada questão jurídica, uniformiza-se a jurisprudência, edita-se súmula ou,

²² Súmulas 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444 e 455.

²³ Desde então, houve a edição de apenas cinco Súmulas em matéria penal, sendo uma em 2011 (Súmula 471), três em 2012 (Súmulas 491, 492 e 493) e uma em 2013 (Súmula 501). Já o STF não edita Súmulas em matéria penal desde 2003.

ainda, remete-se a questão ao Plenário do Tribunal para que seja declarada a eventual inconstitucionalidade, na forma da Súmula Vinculante nº 10²⁴.

²⁴ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.



PESQUISANDO SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

RESEARCH TOPICS IN COMPETITION LAW

CARLOS RAGAZZO ¹

RESUMO: O presente artigo pretende apresentar três grandes blocos de pesquisa para o estudante que pretende se aprofundar no Direito da Concorrência nos próximos anos. O primeiro bloco diz respeito à relação entre Política Industrial e Defesa da Concorrência, discussão que surgiu por conta da política de campeões nacionais, mas que fica mais densa a partir de uma comparação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. O segundo trata da relação entre políticas regulatórias e a defesa da concorrência, sobretudo por conta da adoção de várias medidas por parte das agências reguladoras com o objetivo de promover concorrência, sendo o maior exemplo as políticas de portabilidade. O terceiro e último bloco estimula o aluno a estudar a interação entre inovação e defesa da concorrência, de forma a avaliar se os instrumentos tradicionais utilizados em atos de concentração e condutas anticompetitivas se aplicam ou não a mercados caracterizados por alta tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE: Interações entre Políticas de Intervenção Estatal, Defesa da Concorrência, Política Industrial, Regulação, Inovação.

ABSTRACT: The present article intends to present three large blocks of research for the student who intends to deepen research in Competition Law in the coming years. The first block concerns the relationship between Industrial Policy and Antitrust, a discussion that arose recently because of the policy of national champions, but which is more dense based on a comparison between developed and developing countries. The second block deals with the relationship between regulatory policies and the Defense of Competition, especially as a result of the adoption of various measures by regulatory agencies with the aim of promoting competition, the most important

¹ Professor Doutor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV DIREITO RIO. Membro Permanente do Mestrado em Direito da Regulação da FGV DIREITO RIO. Pós-Doutorando em Economia pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: carlos.ragazzo@fgv.br.



example being portability policies. The third and final block stimulates the student to study the interaction between innovation and defense of competition, in order to evaluate whether traditional instruments used in mergers and anticompetitive practice analysis apply or not to markets characterized by high technology.

KEYWORDS: Interactions among State Intervention Policies, Competition Law, Industrial Policy, Regulation, Innovation.

I. INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência, enquanto disciplina independente e autônoma, foi consagrado no Brasil após a edição da Lei 8884/94. Tal diploma normativo foi editado em meio às reformas econômicas e da Administração Pública da década de 90, que alteraram o paradigma da intervenção do Estado no domínio econômico e modificaram a própria dinâmica da economia brasileira. A liberalização dos mercados e a redução da intervenção direta do Estado criaram a necessidade de que outras formas de intervenção fossem pensadas e importadas. A preocupação com cartéis e oligopólios privados, menor em um contexto em que o Estado é o principal responsável pela produção de bens e serviços, passou para o centro dos debates, culminando com a edição da referida lei. As pesquisas sobre a livre concorrência tinham o desafio de aprimorar a prática e a teoria da defesa da concorrência no país e transpor debates estrangeiros sobre a melhor forma de tratar casos problemáticos do ponto de vista antitruste, como quando se aplica a regra da razão e a regra *per se*.² A Lei 12529/11 foi o ponto nodal deste processo, aperfeiçoando o sistema brasileiro de defesa da concorrência e ajudando a alçá-lo ao grupo de liderança global na prática antitruste.³

Porém, de um lado, as alterações nos paradigmas de intervenção do Estado no domínio econômico que deram origem a esse processo de mudança no papel da defesa da concorrência no Brasil também se alteraram. A tendência de contração da intervenção direta com a instituição de agências reguladoras se estabeleceu, mas, nos últimos anos, tem que conviver com uma nova forma de intervenção, marcado pelas práticas de fomento e pelas parcerias público-privadas. De outro lado, a própria dinâmica da economia está mudando, sendo cada vez mais relevantes as inovações tecnológicas disruptivas. O desafio de pesquisa, agora, é entender as consequências dos novos paradigmas de intervenção do estado e as inovações tecnológicas na teoria e na prática da defesa da concorrência.

² Ver RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra. (Org.). **Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar**. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 157-188.

³ A autarquia recebeu ou foi finalista em diversas premiações internacionais prestigiadas, como o prêmio de Agência Antitruste das Américas em 2014 pela revista britânica *Global Competition Review*.



A política industrial e de fomento dos governos brasileiros recentes trazem quais consequências ao papel do Direito da Concorrência? Os possíveis monopólios derivados das inovações tecnológicas devem ser tratados da mesma forma que os monopólios de setores tradicionais? Como é utilizada a livre concorrência em outras áreas do direito, e até que ponto isso se coaduna com objetivos do Direito da Concorrência? Essas perguntas mostram que as evoluções pelas quais passa o estudo do Direito da Concorrência tornam necessário que a pesquisa em torno da disciplina se adapte às múltiplas dimensões de utilização das ferramentas tradicionalmente consideradas. O estudo do Direito da Concorrência precisa estar em sintonia com o contexto em que é utilizado, e neste texto explorarei os principais caminhos da pesquisa na área, informados pelos desafios trazidos pelos contextos político, econômico e tecnológico recentes.

II. AS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Nesse contexto, percebe-se que o estudo do direito da concorrência não está, nem poderia estar, descasado das realidades e transformações jurídicas, econômicas, políticas e sociais. Todas essas disciplinas afetam a agenda de pesquisa do acadêmico do direito da concorrência, muitas vezes se entrelaçando e tornando a complexidade do estudo da matéria muito maior. Mudanças jurisprudenciais e doutrinárias no direito administrativo sancionador, por exemplo, têm um impacto direto no poder que o CADE exerce; teorias de responsabilidade civil precisam ser entendidas e associadas a questões econômicas por quem se debruça sobre a litigância em matéria concorrencial; a política industrial traçada por um governo pode gerar conflitos com concepções estabelecidas de defesa da concorrência; a disrupção tecnológica de indústrias também gera pressões pela alteração de paradigmas teóricos na matéria.

Daí surge uma enorme importância pedagógica no estudo, ensino e pesquisa do direito da concorrência. Tamanha interdisciplinaridade, que não se restringe à já estabelecida no Brasil *Law & Economics*, produz uma infinidade de perspectivas para a pesquisa e o ensino. Estudar o direito da concorrência no século XXI, portanto, deve ser um exercício contínuo de evolução teórica, a fim de acompanhar as mudanças em outras disciplinas que possuem impactos diretos na defesa da concorrência. Nos últimos anos, a agenda de pesquisa se tornou extremamente variada, mas alguns temas parecem ter se posicionado no centro da agenda de pesquisa. Mais precisamente, venho acompanhando o desenvolvimento do direito da concorrência sob uma perspectiva de interações entre políticas de intervenções estatais. Tais políticas assumem diversas facetas, como a política de desenvolvimento industrial, a regulação econômica setorial e a criação de contornos para o desenvolvimento da “Nova Economia”, pautada pela inovação tecnológica constante. É possível citar três perspectivas para o estudo do tema.

Primeiro, há a perspectiva do direito da concorrência como ferramenta de utilização do Estado para cumprir objetivos alheios à livre concorrência em si (*instrumental*). Essa visão se reflete na utilização dos instrumentos da defesa da concorrência com objetivos de promover políticas estatais, em especial, as políticas de desenvolvimento. Segundo, a defesa da concorrência enquanto forma de justificar

intervenções pontuais do Estado no domínio econômico. Essas intervenções podem ocorrer de diversas formas, desde regras de proteção ao consumidor que devem ser aplicadas por juízes até normas reguladoras de setores específicos, como aquelas editadas pela ANATEL no setor de telecomunicações e pela ANS no setor de saúde suplementar (*justificador da intervenção*). Terceiro, é possível estudar a defesa da concorrência por meio do questionamento sobre como as novas tecnologias estão alterando os paradigmas teóricos tradicionais da disciplina: por exemplo, deveríamos tratar da mesma forma os monopólios causados por disrupções de novas indústrias e os das indústrias tradicionais?

Abaixo, discutirei brevemente esses três temas, mostrando como a pesquisa se desenvolveu nos últimos anos e como a agenda se estrutura para o futuro.

III. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DESENVOLVIMENTO

Nas últimas décadas, a pesquisa da defesa da concorrência tem se voltado para a sua utilização enquanto meio para promover políticas que tragam desenvolvimento econômico. Nesse contexto, as discussões sobre o papel do direito no desenvolvimento trouxeram duas consequências importantes para o direito da concorrência. Primeiro, há a discussão sobre a modificação do papel da defesa da concorrência na economia, com o surgimento de correntes que defendam cada vez mais o seu papel instrumental, e gera questionamentos sobre a necessidade de se adaptar o direito da concorrência a contextos de desenvolvimento distintos. A segunda consequência está numa necessidade de se repensar o papel tradicional do direito da concorrência em face das políticas de desenvolvimento, em especial a política industrial dos “campeões nacionais” promovida pelos últimos governos.

O direito da concorrência deveria partir das mesmas premissas em países desenvolvidos e em desenvolvimento? Essa é uma pergunta que foi pouco explorada na época de transplantação dos modelos europeu e americano aos países em desenvolvimento. Parecia óbvio que o modelo desenvolvido nos países centrais tinha uma racionalidade econômica fundamental que não dependia de contextos econômicos e sociais para ser válida. Procedeu-se, assim, na realização de importações de estruturas e normas jurídicas básicas com eventuais modificações para adaptação a contextos nacionais, mas com objetivos muitos semelhantes aos dos países de origem.⁴

⁴ Eleanor Fox identificou quatro formas principais de importação de estruturas e normas de direito da concorrência pelos países em desenvolvimento: (i) começar pelo sistema americano, adotando um “antitruste mínimo” exceto nos casos de cartel; (ii) adoção dos princípios gerais que motivam o modelo antitruste norte-americano, com modificações nas regras e na interpretação de conceitos com o objetivo de ajustar o modelo à realidade desses países (poder-se-ia escolher a preferência por preços ao consumidor, por exemplo); (iii) adoção do modelo europeu, especialmente no que diz respeito à abertura e acesso e à suspeição para com ações estatais restritivas da concorrência; (iv) combinação de modelos de países em desenvolvimento que já desenvolveram uma direção no direito da concorrência, como a África do Sul. Ver FOX, Eleanor. Competition, Development and Regional Integration: In Search for a Competition Law Fit for Developing Countries. *Law & Economics Research Paper Series*, working paper 11-04, NYU, 2012.



No entanto, a literatura tem, desde a década passada, apontado que os desafios que devem ser enfrentados pela defesa da concorrência nos países em desenvolvimento são essencialmente diferentes. Dever-se-ia, apontam alguns autores, criar um sistema de defesa da concorrência com objetivos essencialmente distintos dos que são perseguidos nos países centrais: ao invés de somente objetivar a manutenção de preços em patamares competitivos e o alcance da eficiência, os países em desenvolvimento também deveriam se preocupar em utilizar o antitruste para construir uma ladeira de mobilidade social no longo prazo, incentivar o empreendedorismo e estimular inovações, além de se preocupar em tomar decisões capazes de aumentar desigualdades, ainda que haja eficiências.⁵ Nesses países, as altas barreiras à entrada se associariam à propriedade altamente concentrada e à governança corporativa duvidosa, fazendo com que o papel do antitruste precise ser repensado.

Nesse sentido, argumentam os autores dessa linha que o antitruste deveria passar cada vez mais de seu papel tradicional para atuar de forma justificadora e instrumental da intervenção estatal. Argumentos de promoção da livre concorrência seriam utilizados para “liberar as amarras” causadas por fatores sociais, políticos e históricos econômicos (papel justificador), de um lado, e as premissas da defesa da concorrência seriam modificadas para que as decisões facilitem a entrada pequenas empresas ou o foco em cartéis de produtos essenciais para o desenvolvimento humano. Ainda que haja bons argumentos econômicos para que o objetivo do direito da concorrência seja estrito,⁶ focando-se na eficiência alocativa, a pesquisa do direito da concorrência nos próximos anos precisa estar focada em verificar essas alegações e a entender melhor o papel que as decisões dos órgãos antitruste têm (ou que não têm) na manutenção ou na liberação das estruturas sociais, econômicas e políticas que emperram a mobilidade social nos países em desenvolvimento.

Dois fatores da política industrial brasileira das últimas décadas assumem relevância no que tange às interações com o direito concorrencial, constituindo importantes agendas de pesquisa: (i) os efeitos da política industrial dos “campeões nacionais” e (ii) o papel da política comercial.

O início da década de 2000 viu emergir no Brasil o que é chamado pela de literatura de Administração Pública de *New State Activism* (NSA).⁷ O governo Lula, buscando reconciliar parte das medidas neoliberais da década anterior com uma retomada do intervencionismo estatal,⁸ buscou alterar os mecanismos dessa intervenção. Passou-se a articular mais profundamente as ações estatais e privadas e criou-se uma política de

⁵ Ver FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty and Antitrust: The Other Path. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, v. 13, 2007 e DUTZ, Mark; KHEMANI, Shyam. Competition Law & Policy: Challenges in South Asia. World Bank Report, 2007.

⁶ Ver, sobre isso, ELZINGA, Kenneth G. Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts. **U. Pa. L. Rev.**, v. 125, p. 1191, 1977, argumentando como os outros fins que se quer promover com o direito da concorrência são, no longo prazo, melhor promovidos com o foco na eficiência.

⁷ TRUBEK, David; COUTINHO, Diogo; SCHAPIRO, Mario. **Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions**. Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1207, 2012.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. From Old to New Developmentalism in Latin America. **Textos para Discussão da Escola de Economia de São Paulo**, vol. 193, 2009.

incentivo aos setores da economia brasileira que foram considerados estratégicos do ponto de vista do desenvolvimento. Foram privilegiados setores com a capacidade esperada de pôr o país na liderança internacional de produção e inovação, buscando criar e fortalecer líderes mundiais, e criou-se mecanismos com o objetivo de fortalecer indústrias fortes no mercado interno que ainda não eram *players* internacionais.⁹ Entre esses mecanismos, destacam-se os empréstimos subsidiados do BNDES para investimentos (especialmente internacionais), o incremento na participação estatal no quadro acionários de grandes empresas brasileiras, dando voz ao governo nas deliberações internas, e o compartilhamento de riscos de investimentos com o setor privado, com o objetivo de promover inovações.

Todos esses mecanismos decorrentes do novo modelo de intervenção do Estado na economia trouxeram desafios para as diferentes áreas do direito.¹⁰ Para o direito da concorrência, esses desafios são bastante evidentes ao se analisar uma das principais ferramentas do NSA: a política de incentivos às grandes fusões para a criação de “campeões nacionais” em alguns setores da economia. O BNDES financiou boa parte das grandes fusões em setores considerados estratégicos pelo governo, como as operações que deram origem à Brasil Foods, à OiBrT e à Ambev.¹¹ A primeira análise, o papel tradicional do direito da concorrência é um freio a esse tipo de política, porque a própria lógica desse ramo do direito, da forma como foi implementado no Brasil, dá prevalência aos objetivos clássicos do direito da concorrência.¹² Essa prevalência, que vem de uma escolha legislativa e da teoria econômica majoritária, foi expressa no seguinte trecho do meu voto na relatoria do caso da fusão entre a Sadia e a Perdigão:

Um ato de concentração que gere danos severos ao consumidor nacional não pode ser aprovado sob o mero argumento de que esse mesmo ato criou uma empresa forte, capaz de competir internacionalmente e exportar seus produtos. Não se trata de um mero capricho da Lei Antitruste. Trata-se, de modo bastante simples, e em acordo com os princípios jurídicos, econômicos e sociais mais básicos, de dar privilégio à coletividade e ao interesse público, em detrimento de se dar privilégio a um único agente econômico.¹³

A política industrial nacional também foi no sentido de fortalecer a prática do antidumping. Trata-se de uma prática que tem como objetivo a proteção do desenvolvimento da indústria nacional, e se entende que o antidumping é uma medida de aplicação rara, que deveria ser aplicada apenas àquelas situações em que a prática

⁹ TRUBEK, COUTINHO e SCHAPIRO (2009), *op. cit.*, p. 10.

¹⁰ *Idem*, p. 28 e ss.

¹¹ ÉPOCA. “Os eleitos do BNDES”. Edição nº 631, de 18/06/2010, reportagem de capa.

¹² Isso é exemplificado pelo artigo 54, § 2º, da revogada lei 8884/94, que dispõe que argumentos de interesse público até podem ser levantados na defesa de uma fusão, mas *somente* se não houver prejuízo aos consumidores. Esse dispositivo não está presente na nova lei, potencialmente indicando o afastamento ainda maior do direito da concorrência de argumentos políticos.

¹³ Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18.



de preços de exportação superiores aos preços dos mesmos produtos no mercado doméstico do país exportados esteja criando prejuízos à indústria nacional ou retardando o seu estabelecimento.¹⁴ A medida deveria ser excepcional segundo o papel tradicional da defesa da concorrência, porque o dumping se trata apenas de uma estratégia comercial que, via de regra, pode ter razões e consequências válidas, como (i) a entrada em novos mercados, (ii) a obtenção de economias de escala e (iii) a venda de estoques em excesso. O dumping predatório, com o objetivo de danificar a indústria nacional deve, portanto, ser atentamente provado.

A política industrial, no entanto, pode valorizar o antidumping como estratégia de garantir o desenvolvimento da indústria nacional. Se realmente houver dumping predatório ocorrendo em alguns setores, o fortalecimento das instituições responsáveis pela defesa comercial (no Brasil, DECOM e SECEX) pode permitir o melhor funcionamento do mercado. Nesse sentido, o NSA no Brasil adotou esse caminho.¹⁵ Quais as implicações disso para a pesquisa da defesa da concorrência? De novo, há que se analisar as interações entre seus diferentes papéis. No caso, enquanto o papel tradicional sugeriria uma política contida e limitada a algumas hipóteses, indícios apontam para um uso cada vez mais instrumental da defesa da concorrência: o antidumping como política protecionista. As indústrias tradicionalmente mais concentradas são as que concentram também os pedidos de medidas antidumping, e a emergência do NSA nos países em desenvolvimento coincidiu com o aumento exponencial das leis antidumping.¹⁶ Cabe às pesquisas futuras de defesa da concorrência analisar se a utilização do instituto no Brasil divergiu do seu papel tradicional para o instrumental.

Figura 1 – Produtos agrupados por setor

Setor	Com Aplicação	Sem Aplicação	Total	% dos pedidos
Siderurgia e Metalurgia	41	21	62	22,50%
Química	35	25	60	22,10%
Plásticos	18	25	43	15,60%
Têxtil, Madeira e Fibras	21	7	28	10,10%
Maq. Equip. e Transportes	19	3	22	8%
Borracha	13	7	20	7,30%
Outros Manufaturados	11	6	17	6,20%
Agronegócio	15	2	17	6%
Produtos Minerais	2	4	6	2,20%
Total Geral	175	100	275	100%

*Produtos agrupados por setor de acordo com os 2 primeiros dígitos da NCM

Fonte: relatório DECOM, 2013

Como ocorreu na década de 90, com a criação da lei que consagrou o sistema de defesa da concorrência no Brasil, as alterações nos paradigmas de intervenção do Estado no domínio econômico trazem a necessidade de se repensar o direito da

¹⁴ MACERA, Andrea. A interação entre o antitruste e o antidumping: problema ou solução?. SEAE, documento de trabalho nº 36, 2006, p. 14.

¹⁵ TRUBEK, COUTINHO e SCHAPIRO (2009), *op. cit.*, p. 31 e ss.

¹⁶ Ver dados em WOOTON, Ian; ZANARDI, Maurizio. "Trade and Competition Policy: Anti-Dumping versus Anti-Trust". University of Glasgow Working Papers 06, 2002.

concorrência e seus papéis. Estamos possivelmente no fim do ciclo de intervenção estatal por meio do NSA, mas as polêmicas e choques com o sistema de defesa da livre concorrência trouxeram um debate acadêmico que veio para ficar. Isso mostra como os papéis da defesa da concorrência podem se chocar: no caso da política industrial brasileira de fortalecimento dos “campeões nacionais”, o choque do papel instrumental com o papel tradicional ficou claro, enquanto no caso do antidumping, o papel tradicional foi repensado. Vai ficando claro, também, que os contextos políticos, econômicos e sociais podem ajudar a determinar o papel dominante que a defesa da concorrência terá.

IV. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

A regulação estatal de setores da economia passou por evoluções tanto em suas justificativas quanto em relação às variáveis que se escolhe regular. As regulações de preço e de entrada, que era a regra no início da regulação de serviços públicos, deram lugar ao aumento da complexidade na intervenção estatal, que passou a buscar a regulação das variáveis informação e qualidade.¹⁷ Essas novas estratégias regulatórias endereçam novos tipos de problema. Buscam corrigir as falhas de mercado por meio da liberalização de mercados e da promoção da concorrência, ao invés de se limitar a impor controles rígidos de preço e entrada, que podem trazer consequências de distorção econômica dos setores regulados. Por exemplo, medidas regulatórias buscam corrigir assimetrias ou melhorar fluxos informacionais para tornar viável a comparação pelos consumidores, levando eficiência a mercados que tradicionalmente são marcados por altos custos de transação. Isso é uma tendência em diversos setores, mas três casos de visibilidade podem ser notados aqui: serviços de telecomunicações e aviação civil.

O setor de telecomunicações voltado ao consumidor, especialmente a telefonia móvel e a internet banda larga, passou por uma grande alteração no seu perfil regulatório. O consumidor do setor sempre sofreu com problemas que impediam a troca de provedores do serviço, como (i) os custos de comparação entre as alternativas disponíveis, dada a quantidade de informações técnicas e variedade de pacotes, (ii) procedimentos de troca custosos, tanto por serem lentos e trabalhosos (incluindo os custos menos visíveis de mudança de número) quanto por incompatibilidades técnicas entre as operadoras (CDMA *v* GSM, por exemplo). A autoridade reguladora do setor, ao invés de buscar regular as variáveis preço e entrada, como era no passado, vem editando normas capazes de reduzir esses custos e viabilizar a competição pelo consumidor.¹⁸ Entre as medidas de sucesso que foram adotadas nos últimos anos está a portabilidade numérica, que reduziu os custos de troca do consumidor, justamente com o objetivo de trazer maior concorrência ao mercado. Outros setores passaram por movimentos semelhantes, como, por exemplo, o segmento de planos de saúde, que

¹⁷ Ver RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

¹⁸ Ver o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (Resolução 632/14).



também implementou medidas de portabilidade, dessa vez para períodos de carência, também para promover concorrência. Parece claro, portanto, que as medidas de concorrência, em setores regulados, não estão adstritas ao *enforcement* do CADE, mas sim estão sujeitas a um escopo mais amplo, em que o espaço de interlocução do órgão concorrential com as agências reguladoras permite uma longa pauta de pesquisa para os próximos anos.

Esses casos demonstram que a defesa da concorrência, no Estado Regulador, passou a ter um forte papel justificador da intervenção do Estado em setores econômicos. Tal papel precisa ser estudado de forma que o sistema de defesa da concorrência seja tomado em interação com os outros papéis da defesa da concorrência, com o objetivo de dar coerência sistêmica às políticas de promoção da livre concorrência. Essa utilização do papel justificador pode ter impactos relevantes, por exemplo, no papel tradicional da livre concorrência, uma vez que fusões em setores regulados podem ser menos ou mais problemáticas de acordo com o contexto regulatório vigente.

V. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO

A última questão de pesquisa do direito da concorrência que será abordada aqui diz respeito à necessidade de se repensar o papel tradicional da defesa da concorrência devido às inovações tecnológicas e da “Nova Economia”, que é caracterizada pela inovação constante, competição dinâmica *pelo* novo mercado, plataformas de vários lados, potenciais efeitos de rede e *lock-in*.¹⁹

Um dos principais casos que demonstram a dificuldade de lidar com os conceitos tradicionais do direito da concorrência na Nova Economia é o da Microsoft, envolvendo o seu navegador Internet Explorer.²⁰ No caso, discutiu-se se a conduta da Microsoft de pré-instalar o seu navegador em seus sistemas operacionais era ou não anticompetitiva, visto que se alegava que o objetivo da Microsoft era neutralizar o crescimento do rival Netscape. O problema concorrential estava relacionado a um conceito pouco discutido nos problemas tradicionais de defesa da concorrência: o chamado efeito de rede *indireto*. O efeito de rede direto ocorre quando o valor de participar na rede para cada usuário aumenta quanto mais usuários a rede tiver. Já o efeito de rede indireto ocorre quando a rede tem mais de uma ponta, e o maior valor associado a uma dessas pontas aumenta o valor de estar na rede para os usuários da outra ponta. No caso, a ideia é que os usuários de determinado sistema operacional obtêm mais valor da utilização desse sistema se existirem muitos aplicativos para o mesmo; já os desenvolvedores de aplicativos obterão mais valor na criação de aplicativos para os sistemas operacionais que possuem a maior base de usuários. Daí se explica como a Microsoft alcançou 95% do mercado, sendo um monopolista de difícil contestação no setor.

¹⁹ Ver ECONNOMIDES, Nicholas. The Microsoft Antitrust Case. **Journal of Industry, Competition and Trade: From Theory to Policy**, edição de Agosto de 2001; e MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua. Innovation and the Limits of Antitrust. **George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54**, 2009.

²⁰ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 55 (D.C. Cir. 2001).



O problema surgiu com o potencial crescimento do desenvolvimento de aplicativos para o ambiente dos navegadores de internet. Com a possibilidade, os navegadores passaram a ser, potencialmente, objetos de efeito de rede indireto eles próprios, com mais usuários utilizando aqueles para os quais mais aplicativos são desenvolvidos e vice-versa. Isto é, passou-se a temer que os *middlewares* (como navegadores) substituíssem os sistemas operacionais como a rede de desenvolvimento de aplicativos. A consequência disso seria que os usuários não mais comprariam os sistemas operacionais pelas características de rede, mas sim por qualidade. Assim, vislumbrando a potencial ameaça ao seu monopólio, a Microsoft passou a entregar seu navegador pré-instalado e até mesmo impossibilitando a desinstalação do *middleware*, bem como dificultando a utilização de outros.

A primeira impressão é que se tratou de um caso de conduta exclusionária que poderia ser tratado pelos conceitos clássicos do direito da concorrência. Entretanto, as questões da livre concorrência na Nova Economia não são resolvidas de forma tão simples. As preocupações concorrenciais com a Microsoft, anos após a decisão do tribunal norte-americano, mostraram-se em descompasso com a realidade do mercado anos após, especialmente com a popularização de novas plataformas capazes de gerar efeitos de rede indiretos. A computação pessoal migrou cada vez mais para plataformas mais portáteis, como evidenciado pela evolução exponencial do *market share* da Apple com o iPad, que passou de menos de 10% para 25% do mercado de computadores pessoais menos de um ano após o lançamento do tablet, tendo o mercado de tablets superado o de PCs em 2015 (isso sem contar o crescimento posterior de plataformas como o Linux).²¹

Outro caso conhecido que torna questionáveis os paradigmas estabelecidos do papel tradicional da defesa da concorrência é o do Google. Monopolista no setor de buscas online, a empresa foi alvo, nos Estados Unidos e na Europa, de diversas ações e investigações concorrenciais. Manne e Wright²² mostram como é complexo transpor análises tradicionais do direito da concorrência para a Nova Economia a partir do caso Google. Em primeiro lugar, apontam que, por se tratarem de mercados novos, a definição do mercado relevante é muito difícil, costumando-se definir o mercado apenas com base em anedotas. Por exemplo, enquanto a maioria dos tribunais definiu o mercado relevante como o de publicidade em buscas online, existem boas razões para que ele seja maior do que isso, podendo abarcar desde toda a publicidade pela internet até toda a publicidade de modo geral. Outras dificuldades apontadas nesta definição são (i) a complexidade que existe na relação entre os resultados orgânicos²³ e patrocinados, uma vez que as empresas considerarão a possibilidade de apenas investir para melhorar o seu *ranking* na busca orgânica e (ii) a competição com mecanismos de busca verticais, como os consumidores que buscam diretamente no

²¹ Fonte: relatórios da consultoria Gartner.

²² MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case Against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, 2011.

²³ São os links não patrocinados que aparecem como resultado da busca ao se buscar um termo, listados a partir da relevância atribuída pelo algoritmo.



Ebay ou na Amazon, que gera o risco constante de perda abrupta de mercado do Google.

Em segundo lugar, o caso do Google mostra como auferir a existência de efeitos de rede pode ser difícil na Nova Economia.²⁴ Enquanto no caso Microsoft os efeitos de rede indiretos foram essenciais para a caracterização do poder de mercado, no caso Google é difícil dizer que esses efeitos existam da mesma forma. Afinal, os efeitos não parecem ser recíprocos nas pontas no mercado, mas unidirecionais, visto que, apesar de o maior número de usuários agregar valor à plataforma para os anunciantes, os usuários não ganham valor na utilização da plataforma se houver mais anunciantes. Assim, a plataforma de buscas gera efeitos de rede indiretos apenas do lado dos anunciantes, que pagam por esses efeitos nos custos de publicidade, atenuando preocupações com externalidades, mas não do lado dos consumidores. Quanto aos efeitos de rede diretos, muitos apontam que o Google alcançou sua posição favorecida no mercado com base na melhora de seu algoritmo por conta da maior base inicial de usuários. Porém, outros autores apontam que isso não é tão claro assim, uma vez que o Google, quando tinha uma base de usuários semelhante ao que o Bing tem hoje, já tinha um algoritmo de pesquisa semelhante ao atual, e que o levava a conseguir cada vez mais usuários.²⁵

No Brasil²⁶ e na Europa,²⁷ houve investigações de prática de conduta exclusionária por parte do Google, que estaria prejudicando o negócio de *sites* de comparação de preço, como o Buscapé, em favor do seu serviço Google Shopping. O Google estaria, segundo as investigações, utilizando o seu poder de mercado no setor de buscas para favorecer o seu serviço de comparação de preços, por meio de vieses nas buscas orgânicas e por meio da preferência pelos resultados do seu serviço, que teriam espaço privilegiado nas buscas e só eles mostrariam fotos dos produtos comparados.²⁸ No caso, foram utilizados conceitos tradicionais do direito da concorrência para tratar do setor.

Todavia, é preciso ter atenção nesse tipo de caso. Isso porque a verificação do poder de mercado na Nova Economia não é necessariamente igual aos mercados mais estabelecidos, porque se trata de um contexto dinâmico de inovações constantes. Investe-se em inovação tecnológica com o objetivo de criar novas plataformas e competir por novos mercados, que podem ser substituídos em pouco tempo. Nesse sentido, a intervenção antitruste da maneira tradicional pode vir a causar efeitos inibidores nessa inovação (*chilling effect*), minando a perspectiva de ganhos dos consumidores. Argumentam alguns autores, assim, que o *framework* do custo dos erros seria uma boa forma de garantir a parcimônia na Nova Economia.²⁹ Esse *framework*,

²⁴ Ver YOO, Christopher; SPULBER, Daniel. Antitrust, the Internet, and the Economics of Networks. **Upenn Faculty** Scholarship Paper 568, 2013.

²⁵ Ver MANNE e WRIGHT (2011), *op. cit.*, p. 42 e ss.

²⁶ Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

²⁷ Caso AT.39740.

²⁸ Ver despacho da Superintendência-Geral de 10/10/13 no PA nº 08012.010483/2011-94.

²⁹ MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua. Innovation and the Limits of Antitrust. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 6, n. 1, 2010.



inicialmente proposto por Frank Easterbrook,³⁰ parte das premissas (i) de que o custo dos falsos positivos na defesa da concorrência é potencialmente mais alto do que dos falsos negativos, porque os mecanismos de autocorreção do próprio mercado mitigam os primeiros, mas não evitam as distorções causadas pelos últimos, e (ii) de que erros de ambos os tipos são inevitáveis. A inovação criaria oportunidade para erros na análise antitruste por duas razões: primeiro, porque se tratam de novos produtos, plataformas, e práticas negociais, sobre as quais há poucas informações; segundo, e mais importante, porque, quando se trata de inovações disruptivas, tem-se mais a perder do que em intervenções em setores tradicionais, visto que se perdem grandes benefícios em prol dos consumidores.

Como parece claro, a perspectiva tradicional da defesa da concorrência merece ser rediscutida. Nas linhas anteriores, mostrei que existem propostas relevantes de promover tal rediscussão, como o foco em pesquisas sobre os custos dos erros e sobre os riscos da intervenção antitruste. Há, também, um caminho de pesquisa menos óbvio, que é a análise de como os demais papéis vistos nesse artigo interage com a própria rediscussão do papel tradicional do direito da concorrência: por exemplo, o possível desenvolvimento de uma política estatal de intervenção que busca promover a inovação tecnológica pela intervenção antitruste, alterando os padrões de intervenção e os quadros de análise com um viés instrumental do direito da concorrência.

VI. CONCLUSÃO

Busquei evidenciar os desafios de parte da agenda de pesquisa que floresce no Brasil à medida que o direito da concorrência se aproxima de outras disciplinas e se torna mais relevante no cenário jurídico brasileiro. Mostrei como as interações entre as políticas de intervenção estatal potencializam o campo de estudo do acadêmico da área. Mas os desafios não param por aí. As interseções com a economia possuem diversas outras nuances que não foram discutidas aqui, e as interações com o direito não se limitam à regulação, podendo abranger temas como direito civil e administrativo. O estudante do direito da concorrência nos próximos anos precisará levar em conta as diversas perspectivas do tema e evoluir constantemente para traçar discussões que tenham impacto em uma área tão dinâmica e interdisciplinar.

³⁰ EASTERBROOK, Frank. Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.



O PROJETO “HISTÓRIA ORAL DO SUPREMO” DA FGV DIREITO RIO

FGV DIREITO RIO’S PROJECT “ORAL HISTORY OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT”

PEDRO CANTISANO ¹

RESUMO: O projeto “História Oral do Supremo (1988-2013)” foi liderado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), com participação do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea – CPDOC e da FGV Direito SP. O objetivo do projeto foi criar um registro audiovisual e escrito da história do Supremo Tribunal Federal a partir de depoimentos de ministros aposentados e em atividade. Todas as entrevistas realizadas estão disponíveis online em formato *open access* no site historiaoraldosupremo.fgv.br. Neste artigo, apresento em linhas gerais as origens do projeto no contexto da recepção da História Oral no Brasil, as fases de realização do projeto, seus desafios metodológicos e seu impacto dentro e fora da academia. Para além de produzir conteúdo biográfico, o projeto fornece material rico para pesquisas sobre a história e o funcionamento do STF. Para além de fonte de pesquisa, o projeto é parte de um esforço de democratização do conhecimento sobre esta instituição.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa jurídica; Supremo Tribunal Federal; História Oral.

ABSTRACT: The project “Oral History of the Brazilian Supreme Court (1988-2013)” was led by the Fundação Getúlio Vargas Law School in Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), in collaboration with the Center for Research and Documentation in Contemporary History (CPDOC) and the FGV Law School in São Paulo. Its objective

¹ LLM, MA e PhD, University of Michigan. Este ensaio foi escrito enquanto era coordenador do projeto “História Oral do Supremo”, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), em 2016. O ensaio contém reflexões pessoais do autor que, de nenhuma forma, refletem posições institucionais da FGV Direito Rio. Atualmente, é Visiting Assistant Professor da Kenyon College (EUA). E-mail: pjimenez@umich.edu.



was to produce an audiovisual and written register of the Supreme Court’s history based on interviews with former and current Supreme Court justices. All interviews are available online in open access format at historiaoraldosupremo.fgv.br. In this article, I introduce the project’s origins in the context of the reception of Oral History in Brazil, the project’s phases, its methodological challenges, and its impact inside and outside academia. Beyond biographical content, the project offers rich research material for the history and functioning of the Supreme Court. In addition to being a research source, the project is part of an effort to democratize knowledge about this institution.

KEYWORDS: Legal research; Brazilian Supreme Court; Oral History.

I. INTRODUÇÃO

“História Oral do Supremo (1988-2013)” é um projeto liderado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), com participação do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea – CPDOC e da FGV Direito SP. O objetivo do projeto é criar um registro audiovisual e escrito da história do Supremo Tribunal Federal a partir de depoimentos de ministros aposentados e em atividade. Até o final de 2016, o projeto planejava ter publicado e disponibilizado em seu banco de dados online, 15 destes depoimentos. Esperava-se que, no total, ao menos 23 ministros e ex-ministros fariam parte do produto final.² Deste modo, o projeto se constitui como fonte inédita para historiadores, cientistas políticos, cientistas sociais, pesquisadores do direito e jornalistas, entre outros, interessados no passado e no presente do tribunal.

O projeto é constituído por três etapas abrangentes: a pesquisa e elaboração de roteiros, a realização e produção de entrevistas e a difusão. Neste artigo, discorrerei sobre cada uma destas etapas. Antes, porém, cumpre uma breve introdução sobre a História Oral e sua recepção no Brasil. Na conclusão, darei ênfase ao potencial da História Oral para a pesquisa em direito e ao papel do “História Oral do Supremo” no projeto científico e didático inovador da FGV Direito Rio.

II. O QUE É HISTÓRIA ORAL?

A História Oral é um método-técnica de pesquisa baseado em entrevistas gravadas com atores participantes do processo histórico. Tem como objetivo acessar versões da história a partir das perspectivas individuais destes atores. O método pode dar ênfase a trajetórias de vida ou a entrevistas temáticas. A primeira costuma produzir

² O projeto foi concluído com 21 entrevistas, todas disponíveis em *open access* no site <http://historiaoraldosupremo.fgv.br/>



entrevistas mais longas, em que a biografia do entrevistado é o fio condutor da narrativa histórica. As entrevistas temáticas, por sua vez, costumam ser menores, focadas na perspectiva do(a) entrevistado(a) sobre determinados acontecimentos e instituições, sem, no entanto, deixar de produzir, também, material biográfico. É possível, ainda, que seja feita uma mistura entre as duas ênfases, como no caso do projeto “História Oral do Supremo”.

Quando o método é aplicado a diversos atores participantes de uma mesma instituição, a coletânea de entrevistas fornece uma versão da memória coletiva da instituição – no projeto em análise, do Supremo Tribunal Federal. A História Oral também produz conteúdo biográfico, que, quando reunido, torna-se biografia coletiva de um determinado grupo social – no caso, do grupo de ministros e ex-ministros do Supremo, fração de um conjunto mais abrangente de membros das elites jurídicas nacionais.³

A História Oral teve origem nos Estados Unidos, nas décadas de 1940 e 1950, após a invenção do gravador. Em 1948, o jornalista Allan Nevins criou o Columbia Center for Oral History, no âmbito da Columbia University, em Nova Iorque. Hoje, este projeto pioneiro conta com mais de dez mil entrevistas.⁴ O método se desenvolveu durante as décadas de 1960 e 1970, especialmente como um caminho para se contar a história dos excluídos, ou seja, daqueles que não produziram os documentos escritos e oficiais. A História Oral teve, portanto, papel fundamental na revisão historiográfica que pretendia uma “história vista de baixo”, contra a “história vista de cima”, dos vencedores.⁵ Em 1975, depois que especialistas estadunidenses e mexicanos deram um curso na Fundação Getúlio Vargas, foram instituídos os primeiros programas brasileiros de História Oral, na própria FGV, com o CPDOC, e na Universidade Federal de Santa Catarina. Durante as décadas de 1980 e 1990, principalmente com a revitalização do interesse pela história política do país após a redemocratização, programas semelhantes se espalharam pelo Brasil.⁶

Apesar de ter sido recebida com desconfiança entre os historiadores, a História Oral se consolidou como método, em revistas especializadas, conferências e programas de pós-graduação pelo mundo.⁷ O que, inicialmente, foi tido como fonte não confiável, inferior às fontes escritas, hoje é visto como fonte histórica que, assim como todas as outras, possui peculiaridades que devem ser levadas em consideração pelo historiador. Diferentemente de um documento escrito produzido à época dos acontecimentos, a entrevista de História Oral é produzida no presente, em uma

³ Referência para a História Oral no Brasil é ALBERTI, Verena. **Manual de História Oral**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Para observações específicas sobre o projeto “História Oral do Supremo”, Fernando Fontainha, que coordenou o projeto entre 2013 e 2015, produziu o *position paper* “O Supremo por seus ministros: a história oral do STF nos 25 anos da Constituição (1988-2013)”.

⁴ A base de dados do *Columbia Center for Oral History* pode ser acessada em <http://library.columbia.edu/find/oral-history-portal.html>

⁵ TREBITSCH, Michel. História Oral no discurso da História Contemporânea. In: FERREIRA, Marieta de Moraes (org.). **História Oral e Multidisciplinariedade**. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1994, p. 21.

⁶ FERREIRA, Marieta de Moraes. **Oral history in Brazil: an assessment**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2004.

⁷ Para os interessados em se aprofundar a respeito do método, ver www.oralhistory.org – site da *Oral History Association*, que contém link para a *Oral History Review*.



interação entre historiador e sujeito da história. Portanto, deve ser lida como um produto dos acontecimentos narrados, da trajetória do entrevistado e do momento em que a entrevista foi realizada. Ou seja, a entrevista é uma versão do passado a partir da memória presente do entrevistado, reconstruída no diálogo com o entrevistador. Isto significa que analisar os depoimentos requer atenção às lacunas e às seleções, conscientes e inconscientes, que perpassam esta memória. Em estudos aprofundados sobre instituições, como o Supremo Tribunal Federal, ou acontecimentos, como, por exemplo, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, os pesquisadores devem ler as entrevistas em confronto umas com as outras e com outras fontes, escritas e visuais. Diferentes fontes podem corroborar versões ou mostrar que existem divergências a respeito da história que se pretende acessar.

Hoje, o CPDOC abriga um banco de dados com mais de duas mil entrevistas com atores participantes da história brasileira desde a década de 1930, disponíveis online.⁸ O gravador foi substituído por câmeras de vídeo, que registram as entrevistas em formatos que podem ser armazenados e consultados. A FGV Direito Rio, por sua vez, lidera projetos de História Oral, em conjunto com o CPDOC, focados nas instituições do direito brasileiro. Os dois projetos de referência, atualmente, são o projeto “História Oral do Supremo” e o projeto “Construindo um judiciário responsivo: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça”, que realizou entrevistas temáticas com conselheiros do CNJ.

III. ETAPAS DE REALIZAÇÃO DO “HISTÓRIA ORAL DO SUPREMO”

1. Pesquisa e elaboração de roteiros

Após uma fase preliminar de treinamento da equipe, coordenada por Fernando Fontainha e Nelson Jobim e formada por professores, pesquisadores e estagiários da Direito Rio, CPDOC e Direito SP, passou-se à fase de pesquisa para elaboração de roteiros. O projeto iniciou-se com o objetivo de entrevistar todos os ministros e ministras aposentado(a)s e em atividade, que foram divididos entre as equipes das três unidades participantes, encarregadas de elaborar os roteiros e de realizar as entrevistas.

As perguntas que informaram a elaboração dos roteiros e que estruturariam as entrevistas podem ser divididas em três grandes grupos: (1º) Trajetória; (2º) Cotidiano do Supremo; e (3º) *Hard cases*. As perguntas, elencadas abaixo, se encaixam entre as duas ênfases possíveis em entrevistas de História Oral. Ou seja, recuperam tanto as trajetórias de vida do(a)s ministro(a)s, quanto temas específicos sobre o dia-a-dia e os casos mais importantes decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Sua elaboração teve por objetivo dar unidade ao corpo de entrevistas, para que fossem produzidas diferentes perspectivas sobre os mesmos temas.

(1º) Trajetória

Quais são as trajetórias que tornam alguém “supremável”?

⁸ Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/acervo/historiaoral>>.



Quando se começa a trabalhar objetivamente para chegar ao STF?
 Como se passa o processo de escolha e indicação pelo presidente?
 Como se passa a sabatina no Senado? Ela é mesmo *pro forma*?
 Como um ministro “novato” é recebido no STF?

(2º). Cotidiano do Supremo

Como é a rotina de trabalho de um ministro do STF?
 Como interagem e/ou competem os ministros entre si?
 Como é o convívio com demais atores internos (assessores, funcionários...)?
 Como é o convívio com demais atores externos (advogados, políticos, imprensa...)?
 Qual foi o impacto da instituição da transmissão televisiva das sessões?

(3º). *Hard cases*

Como um determinado caso se torna um *hard case*?
 Como surgem consensos na separação do trabalho “ordinário” do “relevante”?
 Quais atores externos influem na construção de um *hard case* (imprensa, políticos...)?
 Como se compõem coalizões e se resolvem divergências no julgamento dos *hard cases*?

Para a elaboração dos roteiros, os pesquisadores realizaram extensa pesquisa documental, focada primordialmente nas seguintes fontes escritas: jornais, revistas, sites, currículo lattes, jurisprudência do Supremo e perfil institucional. Como resultado, foram produzidos roteiros individuais para todos os ministros e ministras aposentado(a)s e em atividade. Para exemplificar, abaixo está parte do roteiro (editado), elaborado por Leonardo Sato e Luciana Frattini, para a entrevista com o ministro Nelson Jobim:

MINISTRO NELSON JOBIM

ANO	EVENTOS
1946	Nascimento. Santa Maria, RS. Filho de Hélivio Jobim e Namy Azevedo Jobim. Irmãos: Walter Jobim Neto (formado em direito) e Helvio Jobim Filho (formado em engenharia). Hélivio Jobim (1918-2005) foi advogado e deputado estadual no RS pelo PSD, 1959-1963. Presidente municipal do PSD em Santa Maria. Neto de Válter Jobim (1892-1974), advogado e político no RS desde 1920, deputado federal pelo RS em 1935, governador do estado de 1947-1951 pelo PSD com apoio de Vargas, embaixador do Brasil no Uruguai de 1951-1954. Participou das revoluções/revoltas de 1923, 1930, 1932. Filiara-se ao Partido Libertador em 1928. Secretário de Obras Públicas do governo Vargas, de 1937-1939. Presidente do Partido Libertador em 1937. Filiado ao Partido Social Democrático em 1945.
1964	Ingressa na UFRGS - Ciências Jurídicas e Sociais (1964-1968).



- 1968 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - UFRGS (1964-1968).
- 1969 Início da Advocacia em Santa Maria, RS (1969-1994).
- 1974 Condecoração Poder Judiciário: Mérito Judiciário, Tribunal de Justiça, 1974.
- 1977 Presidente da Subseção da OAB Santa Maria/RS (1977-1978). Início.
- Participação na 1ª Semana Jurídica de São Gabriel, 16 a 20 de setembro de 1977.
- 1985 Vice-Presidente da OAB, Seção Rio Grande do Sul (1985-1986). Início.
Situado entre a oposição ao regime militar, devido à defesa do *habeas-corpus* e do direito de defesa dos presos políticos.
- 1986 Vice-Presidente da OAB, Seção Rio Grande do Sul (1985-1986). Fim.
Professor na Escola Superior do Ministério Público da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Fim.
- Professor da Escola Superior de Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, lecionando Direito Processual Civil, Introdução ao Direito e Filosofia do Direito (1980-1986). Fim.
- Diploma de Cidadania por participar da campanha da Constituinte 86.
- Eleito Deputado Federal Constituinte pelo PMDB/RS (1987-1991). Defensor da Constituinte Exclusiva, ao invés da Constituinte Congressional então adotada.
- Proposta "de proteger os trabalhos constitucionais de constrangimentos impostos por dispositivos da Constituição de 1967, ainda em vigor, como os que tratavam das medidas de emergência e do estado de sítio, ou da edição de decretos-lei por parte do Executivo. No seu entendimento, a Constituinte teria, como “poder originário”, competência para estabelecer normas reguladoras do processo de transição democrática”.
“Visava a restringir ao máximo o exercício da função legislativa pelo presidente da República e impedir o voto dos senadores eleitos em 1982. Discutida e aceita pelos setores “progressistas” do PMDB, a proposta motivou um dos primeiros confrontos do partido com o governo Sarney. A pressão do Executivo e dos setores conservadores de dentro e de fora do PMDB fez, no entanto, com que o partido voltasse atrás na aceitação da proposta, que, para Jobim, tiraria a Constituinte “dos trilhos da conciliação com as elites”.” – Fonte: CPDOC
- 1987 Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul (1987-1991). Início.
Deputado na Assembleia Nacional Constituinte:
- Relator-Substituto na elaboração do Regimento Interno da ANC; Suplente da Subcomissão do Poder Legislativo;
- Suplente da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo;
- Membro titular da Comissão de Sistematização;
- Membro titular da Comissão de Redação;
- Relator-Adjunto da Comissão de Sistematização.
Um dos Vice-Líderes do PMDB: "Sua inserção no grupo conhecido como “histórico” ou “autêntico” do PMDB, composto pelas lideranças remanescentes do MDB, fora tão bem-

sucedida que foi logo convidado pelo líder do partido na Constituinte, deputado Mário Covas, a assumir uma das vice-lideranças da agremiação." – Fonte: CPDOC
Participação no V Congresso Latino-Americano de Magistrados, em Porto Alegre, 24 de abril de 1987.

- 1988 Líder do PMDB na Constituinte, devido à fundação do PSDB (06/1988, por FHC, e o próprio Mário Covas). Cargo disputado com Ibsen Pinheiro, então líder do partido na Câmara.
Administrou a divisão da bancada e a oposição de Sarney ao projeto de constituição do PMDB, que, segundo o presidente, esvaziava as funções do Executivo com o deslocamento de parte de seus poderes para o Congresso e o Judiciário. – Fonte: CPDOC
Na Constituinte: Nacionalista, mas contra as propostas estatizantes.
Votou CONTRA: presidencialismo, mandato de 5 anos para Sarney, a limitação dos juros reais em 12% ao ano, a jornada semanal de 40 horas, a criação de um fundo de apoio à reforma agrária, a limitação do direito de propriedade produtiva, a estabilidade no emprego, a estatização do sistema financeiro, a adoção da pena de morte e a legalização do jogo do bicho.
Votou A FAVOR: soberania popular, ao rompimento de relações diplomáticas com países de orientação racista, à legalização do aborto, ao mandado de segurança coletivo, ao turno ininterrupto de seis horas de trabalho, ao aviso prévio proporcional, à manutenção da unicidade sindical, à instituição do voto facultativo aos 16 anos, à nacionalização do subsolo, à proibição do comércio de sangue, à limitação dos encargos da dívida externa, à anistia aos micro e pequenos empresários e à desapropriação da propriedade produtiva.
- JOBIM, Nelson. "Penas Alternativas: Pontos para Reflexão". In: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 10ª edição, 1988, p. 40.
- JOBIM, Nelson. *Atuação na constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1988. 55 p.
- 1988 -Poder constituinte originário e poder constituinte derivado: discurso pronunciado na Sessão de 3-3-88, pelo Deputado Constituinte Nelson Jobim, como Líder do PMDB. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1988. p. 3-8.
-Medalha: Brigada Militar 150 anos, 2 de outubro de 1988.
-Defensor da Liberdade e da Justiça Social, Prefeitura Municipal de Cuiabá, outubro de 1988.
- Homenagem dos Advogados de Goiás, Anápolis, 22 de outubro de 1988, Felicíssimo José de Sena, Presidente da OAB – GO.

A partir de roteiros como este, os entrevistadores podem elaborar estratégias de perguntas para as entrevistas. Entretanto, os roteiros em si já são materiais ricos em informações para pesquisas sobre as elites jurídicas do país. No roteiro acima, por exemplo, podemos perceber a circulação do ministro Jobim, em diferentes graus de proximidade, por meios como universidades, judiciário, a Ordem dos Advogados do Brasil, as Forças Armadas e partidos políticos, além de sua participação central durante

a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Por esta razão, todos os roteiros são publicados junto com as entrevistas ao final do processo.

2. Realização e produção de entrevistas

Agendar entrevistas com ministro(a)s do Supremo não é tarefa fácil. A maior dificuldade que o projeto enfrenta, até hoje, é convencer potenciais entrevistados a participar. Isto é feito a partir de cartas-convite e telefonemas, que, algumas vezes, esbarram na barreira dos assessores, assistentes e secretários. Não obstante, a equipe do projeto obteve sucesso em convencer 21 dos 28 entrevistados possíveis, até o momento. Outro obstáculo é a idade avançada de alguns ministros. O ministro Paulo Brossard, por exemplo, infelizmente faleceu alguns meses após conceder sua entrevista. Felizmente para a memória do Supremo e do direito brasileiro, as palavras deste ministro ficarão registradas pelo projeto. O ministro Djaci Falcão, por outro lado, infelizmente faleceu pouco antes do início do projeto.

O maior desafio atual do “História Oral do Supremo” é convencer a primeira mulher a conceder entrevista. Na história do Supremo, apenas três mulheres foram ministras: Ellen Gracie (aposentada), Rosa Weber e Cármen Lúcia (na ativa). Espera-se que estas entrevistas forneçam indícios sobre a dinâmica de gênero em ambientes historicamente dominados por homens, como as faculdades de direito, os círculos políticos e jurídicos nacionais e o poder judiciário. A dinâmica de gênero dentro do próprio Supremo ainda é desconhecida, apesar de declarações pontuais das ministras sobre o assunto na imprensa.⁹

As entrevistas foram, em sua maioria, realizadas por Fernando Fontainha e pelos membros das equipes da Direito Rio, Direito SP e CPDOC que elaboraram cada roteiro, em cidades como Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre. Técnicos do CPDOC ou equipes externas contratadas ficaram encarregados da filmagem e armazenamento dos vídeos. A maioria das entrevistas foi realizada apenas com o entrevistado presente, mas, em casos excepcionais, a pedido do ministro, estiveram presentes também esposas e assessores. As entrevistas são realizadas em uma ou mais sessões, de acordo com a disponibilidade do entrevistado.

Todas as entrevistas começam com a trajetória de vida para chegar ao momento em que a posição no Supremo foi cogitada pela primeira vez, a campanha, nomeação, sabatina, posse, até o cotidiano do tribunal e os casos mais difíceis, seguindo, de maneira não rígida, as perguntas de pesquisa previamente elaboradas. A regra é dar liberdade ao entrevistado. Por exemplo, ao invés de perguntar diretamente sobre determinado caso que o entrevistador entende ser relevante, é mais apropriado

⁹ O projeto foi encerrado sem que fosse possível entrevistar nenhuma das três mulheres. Talvez seja possível reabri-lo, no futuro, por ocasião das aposentadorias de Carmen Lúcia e Rosa Weber. É comum que pessoas em cargos altos como este prefiram esperar a aposentadoria para participar em projetos de memória institucional. Ainda que não aconteçam dentro do projeto “História Oral do Supremo”, as entrevistas com estas ministras poderão fazer parte de projetos de história oral com foco temático, por exemplo, nas dinâmicas de gênero dos círculos das elites político-jurídicas brasileiras.

perguntar ao ministro qual foi o caso que lhe deu mais trabalho ou qual caso considera ter sido o mais importante de sua carreira.

Um dado anedótico sobre a entrevista que realizei, junto com os professores Diego Werneck e Thomaz Junqueira, com o ministro em atividade Dias Toffoli, pode ilustrar este ponto. Ao ser perguntado sobre os casos mais importantes que havia decidido, Toffoli nos apresentou uma longa lista de processos que considerava relevantes. Uma lista como esta poderia dizer algo sobre a percepção do ministro, mas não nos forneceria o tipo de depoimento aprofundado que uma entrevista de História Oral pretende colher. Percebemos, então, que, ao ler sua lista, o ministro mencionou duas vezes a Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”. Não havíamos mencionado o “Mensalão” antes por receio de que o entrevistado se sentisse pressionado a falar de um julgamento tão complicado e politicamente carregado, durante o qual havia sofrido inúmeras críticas. No entanto, aproveitando o momento, pedi que o ministro nos falasse um pouco mais sobre sua atuação no caso. Toffoli não hesitou e deixou claro, em detalhes, quanto trabalho aquele caso lhe havia exigido.¹⁰

Em alguns momentos, o entrevistador-condutor deve intervir para que seja possível tratar de todos, ou quase todos os temas, especialmente quando há escassez de tempo. As perguntas de pesquisa e os roteiros servem de referência caso, por exemplo, o entrevistado não se recorde de determinado acontecimento. Nestes momentos, cabe ao entrevistador entender as escolhas do entrevistado, mas, se as circunstâncias permitirem, lembra-lo do acontecimento sobre o qual se pretende produzir informações. É importante que, a todo o momento, seja mantida uma relação de confiança entre entrevistador e entrevistado. Com ministros e ex-ministros do Supremo, algum grau de deferência no tratamento é apropriado para construir este tipo de relação. No entanto, são as primeiras interações e, muitas vezes, o local da entrevista que determinarão o tom geral da relação. Ministros como Nelson Jobim e Sidney Sanches, por exemplo, mostraram-se descontraídos ao falar de suas trajetórias.

Até o momento, o projeto produziu 93 horas e 35 minutos de entrevistas. As 20 entrevistas finalizadas têm, em média, 4 horas e meia de duração, sendo a maior a do ministro Nelson Jobim, com 9 horas e 46 minutos, e a menor a do ministro Rafael Mayer, com 2 horas e 22 minutos. Optamos por deixar o ministro Edson Fachin, nomeado muito recentemente, em junho de 2015, fora do escopo do projeto.

Para que as entrevistas pudessem ser divulgadas, foi preciso colher a assinatura dos termos de cessão de direitos. Alguns ministros assinaram imediatamente após a entrevista, outros assinaram após revisá-la. Cada entrevista é transcrita por especialistas e, depois, revisada por técnicos e pelo entrevistado. Os pesquisadores responsáveis, então, realizam a conferência de fidelidade e elaboram o índice que servirá de guia para os leitores. Na fase final, caso o entrevistado tenha realizado cortes substanciais, a equipe do CPDOC edita os vídeos, antes de publicá-los online. A equipe de publicações da FGV Direito Rio se encarrega da produção dos livros.

¹⁰ Disponível em: <<https://historiaoraldosupremo.fgv.br/entrevistados/dias-toffoli>>.

3. Difusão interna e externa

Cada entrevista é publicada como livro individual, com tiragem limitada. Optou-se por publicar as entrevistas em caixas contendo 5 livros cada. Até o momento, duas caixas foram publicadas, com os volumes de 1 a 5 (Rafael Mayer, Aldir Passarinho, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Sidney Sanches) e de 6 a 10 (Célio Borja, Carlos Velloso, Néri da Silveira, Nelson Jobim e Eros Grau). Os volumes 11 a 15 foram lançados em setembro de 2016, com as entrevistas de Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Moreira Alves, Francisco Rezek e Ilmar Galvão. Em 2017, foram publicadas as entrevistas com Paulo Brossard, Ayres Britto, Teori Zavascki, Octávio Gallotti, Marco Aurélio e Dias Toffoli. No site do projeto, as entrevistas encontram-se tanto em vídeo quanto no formato publicado nos livros. Portanto, seguindo a orientação de livre acesso ao conhecimento da FGV Direito Rio, o projeto disponibiliza todos os seus produtos online, licenciados em *Creative Commons*. Desta forma, pesquisadores e outros interessados podem acessar o material produzido de qualquer parte do mundo.¹¹

Como estratégia de difusão, as entrevistas do projeto têm sido usadas como base para artigos publicados no “Supra – Supremo Interpretado”, coluna escrita por professores e pesquisadores da FGV Direito Rio e de outras instituições, publicada no site de notícias jurídicas Jota.¹² Entre os artigos mais recentes, escrevi sobre o papel do Supremo e de seu presidente no processo de impeachment de Fernando Collor, em 1992, sobre as campanhas realizadas para se chegar ao Supremo e sobre o impacto do novo Código de Processo Civil na prática da declaração de suspeição por ministros do Supremo.¹³ Além dos artigos publicados no Supra, que alcançam público fora dos meios acadêmicos, a FGV Direito Rio promoveu lançamentos das caixas da coleção que contaram com as presenças dos próprios ministros, além de professores, membros do judiciário, advogados e alunos de diversas instituições do Rio de Janeiro.

As estratégias de difusão externa produziram resultados imediatos, levando o projeto a ser citado, inclusive, dentro do próprio Supremo. Na ADPF 378/2016, sobre o rito do processo de impeachment, tanto o parecer do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, quanto o voto do ministro Luís Roberto Barroso citaram a entrevista de Sidney Sanches, que era presidente do Supremo quando a corte se reuniu pela primeira vez, em sessão administrativa em 1992, para decidir sobre a adequação da Lei nº. 1079, de 1950, que regula o impeachment, à Constituição de 1988.¹⁴

¹¹ Todas as 21 entrevistas mencionadas foram concluídas e estão disponíveis em <<https://historiaoraldosupremo.fgv.br/>>.

¹² Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/tudo-sobre/supra>>.

¹³ Pedro Cantisano, “O impeachment no STF: o olhar dos ministros sobre o caso Collor” (23.07.15); “Campanha para ministro do Supremo?” (23.11.15); “Amizades sob suspeição no Supremo” (24.03.16); e “Um juiz no Senado: memórias de Sidney Sanches no impeachment de Collor” (21.06.16).

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso, ADPF 378/2016, p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378LRB.pdf>>. Acesso em 22 de jun. 2016. Ministério Público Federal, manifestação do Procurador-Geral da República, ADPF 378/2016, p. 21. Disponível em:



Internamente, o projeto tem sido utilizado por professores, pesquisadores e alunos da FGV Direito Rio. Professores e pesquisadores interessados no funcionamento do Supremo e no processo decisório dos ministros analisam as entrevistas como dados qualitativos que servem para confirmar intuições e gerar hipóteses, além de fontes que revelam as percepções dos ministros. Na produção acadêmica, é possível integrar as entrevistas do projeto a fontes produzidas em outros projetos. Por exemplo, as percepções dos ministros podem ser contrastadas com resultados quantitativos obtidos através da plataforma “Supremo em Números”, também da FGV Direito Rio.¹⁵ Em sala de aula, as entrevistas têm sido amplamente exploradas na disciplina “Processo Decisório no STF” e podem ser usadas em disciplinas como “Teoria do Direito Constitucional” e “Sociologia Jurídica”. Na prática de pesquisa da graduação, os alunos da Direito Rio já aproveitaram o projeto em oficinas de pesquisa e em trabalhos de conclusão de curso.¹⁶

IV. CONCLUSÃO

O projeto didático e científico da FGV Direito Rio é comprometido com o ensino e produção de conhecimento sobre o direito para além da análise e elaboração de teses, conceitos e argumentos jurídicos com base em legislação, teoria e jurisprudência. Uma das faces deste projeto é conhecer o funcionamento das instituições que se interpõem entre estas teses, conceitos e argumentos e a realidade política, social e econômica do país. Mais especificamente, o poder judiciário brasileiro e seu órgão superior, o Supremo Tribunal Federal. É conhecendo a realidade constitucional brasileira que os professores e pesquisadores da FGV Direito Rio são capazes de mudar esta mesma realidade. Conhecer o Supremo, portanto, é ferramenta de crítica e aperfeiçoamento daquela instituição. O projeto “História Oral do Supremo” é parte desta agenda.¹⁷

Utilizar os depoimentos do “História Oral do Supremo” em pesquisas sobre o direito exige alguns cuidados metodológicos. Além das já mencionadas dificuldades em interpretar uma memória produzida em um processo interativo, muito tempo depois de determinados acontecimentos, e em lidar com as seleções e diferentes versões que este tipo de fonte fornece, existem dificuldades peculiares ao projeto.

Por exemplo, ministros podem optar por discorrer sobre aspectos técnico-jurídicos dos casos mais importantes que decidiram, ao invés de revelar as complexas interações

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4899156>>. Acesso em 22 de jun. de 2016.

¹⁵ Por exemplo, ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, 2017. O Supremo em Números está disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>

¹⁶ Por exemplo: DA SILVA JÚNIOR, Alexandre Neves. *Entre o Direito e a Política*: a trajetória do ministro Nelson Jobim. Trabalho de Conclusão de Curso. FGV Direito Rio, 2015 e CID, Alessandra *et al.* O Supremo por seus Ministros: o impacto da criação da TV Justiça no processo decisório do STF. Projeto de oficina de pesquisa coordenada por Diego Werneck e Leandro Molhano, FGV Direito Rio, 2015.

¹⁷ Outros projetos desta linha incluem os já mencionados “Supremo em Números”, disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>, e “Supra – Supremo Interpretado”, disponível em <http://jota.uol.com.br/tudo-sobre/supra>

políticas que permeiam a atuação do Supremo. Isto parece ser mais comum entre aqueles que atuaram durante a Ditadura Militar, quando o judiciário se encontrava sob constante pressão do poder executivo, e entre ministros em atividade, que ainda precisam lidar com aquelas interações em seu dia-a-dia. Ministros aposentados, por outro lado, podem construir uma imagem saudosista do Supremo que compuseram, exagerando em suas críticas ao tribunal atual. Em casos como estes, cabe ao pesquisador problematizar a fonte que utiliza, não aceitando como verdade absoluta aquilo que é dito, às vezes de maneira muito convincente, pelos entrevistados. É por isso que precisamos falar em versões, perspectivas ou percepções múltiplas quando interpretamos os depoimentos do projeto.

Não obstante estas dificuldades metodológicas, o “História Oral do Supremo” é uma janela para a realidade do funcionamento da corte mais importante do país. Se a Constituição estabelece critérios e procedimentos para o processo de indicação de ministros do Supremo, o projeto revela como estas normas abstratas funcionaram na tortuosa realidade das trajetórias jurídicas e políticas daqueles que chegaram ao tribunal. Às teses jurídicas que muitas vezes vemos como resultado de argumentos e teorias importadas, universais e lógicas, as memórias dos ministros contrapõem necessidades pragmáticas e negociações de bastidores, entre os próprios ministros e entre eles e políticos e advogados. Ao invés do grande jurista-intelectual, homenageado em coletâneas de livros e em repetidas citações, o projeto revela pessoas com trajetórias de muito sucesso, porém cheias de hesitações e percalços, capazes de agregar enorme capital político a partir de relações interpessoais nos círculos mais exclusivos das elites jurídicas e políticas brasileiras. Contra a imagem de juízes que elaboram as teses que são reproduzidas em manuais e assinam os votos que serão lidos por todo o país, o projeto apresenta administradores hábeis, que tentam tornar mais eficiente o trabalho de um tribunal abarrotado de processos.

Estas são apenas algumas das surpresas que o “História Oral do Supremo” oferece ao leitor. Para além da utilidade acadêmica, as entrevistas proporcionam uma leitura fácil e prazerosa a todos os interessados no funcionamento do Supremo e na história do Brasil em geral. O comprometimento da FGV Direito Rio é, além de influenciar o próprio Supremo, levar o conhecimento produzido sobre a realidade do tribunal a todos. É, nesse sentido, democratizar este conhecimento para que a sociedade brasileira seja capaz de participar ativamente do debate a respeito de um poder que, até pouco tempo, operava nas sombras.



O FENÔMENO DA ILICITUDE LUCRATIVA¹

THE PHENOMENON OF LUCRATIVE ILLEGALITY

PEDRO RUBIM BORGES FORTES²

RESUMO: O presente artigo discute o fenômeno da ilicitude lucrativa. Como as empresas privadas tomam decisões racionais sobre a violação das leis consumeristas e a observação empírica mostra que as empresas brasileiras continuam violando o

¹ Este artigo foi selecionado em 2011 para o *IV International Junior Faculty Forum (IJFF)*, então organizado pela Harvard Law School e pela Stanford Law School. Versões anteriores do texto foram discutidos na FGV DIREITO RIO, no Institute for Law and Finance (ILF) da Universidade Goethe (Frankfurt), na Harvard Law School (Cambridge), no ITAM Faculty Workshop (Cidade do México), no Seminário do GRIPS, no Nuffield College, Universidade de Oxford (Oxford), e no Colóquio do Centre for Transnational Legal Studies mantido pela University of Georgetown em Londres. Sou grato por todo o feedback recebido e já incorporado no artigo. Estou particularmente em dívida com o professor Joaquim Falcão por seu apoio à pesquisa empírica na Escola de Direito da FGV. Eu sou grato a Shunko Rojas, Antonio Porto, Marcio Grandchamp, Luis Borges, Feliciano Guimarães, Ricardo Morishita, Tobias Tröger, Agustin Barroilhet, Gisela Mation, João Paulo Ferraz Vasconcellos, Stewart Macaulay, Carol Steiker, Deborah Hensler, Rogelio Perez-Perdomo, Lawrence Friedman, Bruno Salama, Mariana Pargendler, Joyce Sakda, Virgilio Andrade, Raymundo Gama, Yvonne Salt, Aron Szekely, Dingeman Wiertz, Katharina Grabietz, Denis Galligan, Christopher Hodges, Stefan Vogenauer, Alvaro Santos, Avi Bourassa, Filiz Wölflle, Hang Xiao, Conner Pine, Gregory Reith, Giovanni Papotti, Brigid McCarthy, Elena Tan, e Luis Guillermo Rosero para ler versões anteriores e fornecer feedback extremamente útil. Anelise Jordão e Lucas Thevernard foram valiosos assistentes de pesquisa. Esse artigo foi publicado em inglês em 2015 pelo *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies* e dois revisores anônimos também fizeram comentários, sugestões e críticas bastante úteis. Sou particularmente grato a Po-Hsiang Ou e Matilde Gawronski por sua excelente assistência editorial e orientação sobre como incorporar o feedback desses revisores anônimos. Obrigado também Christiane Haschka Fortes por seu incentivo e apoio com figuras e tabelas. A publicação dessa pesquisa em português foi viabilizada pelo convite do professor Carlos Bolonha para que eu organizasse um dossiê sobre a institucionalização da educação e da pesquisa jurídica para a *Revista de Estudos Institucionais* e eu sou extremamente grato ao eminente Diretor da Faculdade Nacional de Direito e Editor-Chefe da REI por todo o inestimável apoio. Da mesma maneira, o zelo editorial e cuidadoso trabalho do Editor-Executivo, Daniel de Souza Lucas, foi inestimável para a publicação do artigo no Brasil com a qualidade necessária. Além dos editores, a versão brasileira do texto foi beneficiada por uma cuidadosa revisão do texto feita por Júlio Machado, a partir de sua valiosa experiência acadêmica e longa atuação profissional na área de tutela coletiva do consumidor. Finalmente, devo agradecer a todos os profissionais do direito envolvidos com a comunidade de proteção do consumidor no Rio de Janeiro por gastar seu valioso tempo comigo e compartilhar seus pensamentos sobre o assunto. Sem a colaboração destes promotores de justiça, defensores públicos, juízes, membros do poder executivo e advogados da empresa, esse artigo não teria sido escrito.

² Professor Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ). Pesquisador Associado no *Centre for Socio-Legal Studies* da Universidade de Oxford e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: pfortes@stanfordalumni.org.



Código de Defesa do Consumidor (CDC), o sistema de tutela coletiva não consegue prevenir essas irregularidades devido à insuficiência de sanções. Analisando todas as 405 ações coletivas movidas contra empresas privadas pelas Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor da Capital no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, entre 1991 e 2010, as sanções impostas pelos juízes não foram suficientes para prevenir novas transgressões coletivas. Os tribunais brasileiros não devem apenas condenar essas empresas por suas violações dos direitos do consumidor, mas também impor sanções econômicas e obrigá-las a reembolsar efetivamente as tarifas ilegais que cobraram de forma abusiva. Os danos punitivos devem ser ótimos, dissuadindo as empresas sem causar custos excessivos que possam prejudicar acionistas e consumidores. A ilicitude não deve ser lucrativa. No cenário atual de dissuasão imperfeita, as instituições financeiras, as empresas de telecomunicações e outras empresas privadas continuarão a infringir a lei, uma vez que tenham incentivos econômicos para fazê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude lucrativa; Danos punitivos; Responsabilidade civil; Enriquecimento ilícito; Defesa do consumidor.

ABSTRACT: This article discusses the phenomenon of lucrative illegality. Because private companies take rational decisions on the violation of consumer laws and empirical observation reveals that Brazilian companies continue to violate the Consumer Defense Code (CDC), the collective actions system doesn't prevent these illegalities due to the lack of sanctions. Analyzing all 405 collective actions filed by Public Prosecutors for consumer protection at the capital by the Attorney General's Office of Rio de Janeiro between 1991 and 2010, sanctions imposed by judges were not sufficient to prevent collective wrongdoings. Brazilian courts should not only convict these companies for their consumer rights violations, but also impose economic sanctions and oblige them to reimburse the illegal fees that were abusively charged. Punitive damages should be optimal, deterring companies without causing excessive costs that could harm shareholders and consumers. Illegality should not be lucrative. In the current setting of under-deterrence, financial institutions, telecommunication companies, and other private businesses will continue to violate the law, once they have economic incentives to do it.

KEYWORDS: Lucrative illegality; Punitive damages; Civil liability; Unjust enrichment; Consumer protection.



I. INTRODUÇÃO

Analisando o ranking nacional de reclamações de consumidores no Brasil, a tendência é encontrar um conjunto familiar de "suspeitos usuais": instituições financeiras e empresas de telecomunicações. Essas mesmas empresas são frequentemente réis em ações coletivas em todo o país. Suas transgressões coletivas são regularmente transmitidas na mídia e ainda assim essas empresas continuam violando o direito brasileiro.

O objetivo principal do presente artigo é discutir as possíveis explicações interdisciplinares desse fenômeno, que denomino "ilicitude lucrativa". Em palavras claras, as empresas brasileiras violam o direito devido aos incentivos econômicos para fazê-lo. As ações coletivas consumeristas não são eficazes para punir os transgressores, dada a relutância dos juízes em impor sanções econômicas efetivas. A cultura jurídica brasileira ainda vê com desconfiança o conceito estadunidense de danos punitivos e as empresas, conseqüentemente, têm incentivos econômicos claros para violar a lei. O artigo começa com uma explicação do conceito de "dano moral coletivo" na legislação brasileira como ponto de partida para uma análise sócio-jurídica da dissuasão no sistema de tutela coletiva do consumo.

Primeiro, discutirei o conceito de "dano moral coletivo", um termo jurídico chave na legislação brasileira de ações coletivas. De acordo com a maioria dos comentaristas, os tribunais devem condenar as empresas a pagar "danos morais coletivos" como uma maneira de puni-los por seus erros e para evitar transgressões futuras.³ Não é surpresa que as cláusulas de "danos morais coletivos" sejam amplamente percebidas pelos acadêmicos como a base jurídica para decisões judiciais que podem impor danos punitivos a empresas. No entanto, precedentes judiciais da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (doravante, STJ) não admitiam danos punitivos em ações coletivas. Sua justificativa dogmática implicava que as transgressões coletivas não causariam dano moral à sociedade como tal (nem às classes ou categorias de cidadãos) e, portanto, as massas de consumidores não teriam o direito de garantir "danos morais coletivos" com caráter pedagógico e punitivo.⁴ Além disso, a 1ª Turma também expressou inicialmente preocupação com os riscos econômicos e a imprevisibilidade dos danos punitivos.⁵ Por outro lado, a 2ª Turma do STJ admite danos punitivos em ações coletivas.⁶ Neste artigo, defenderei o argumento de que a última opinião deve prevalecer sobre a anterior, dadas as conseqüências negativas da recusa dos tribunais de impor indenizações de caráter punitivo em ações coletivas.

³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1994, v. 12; RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1998, v. 25; BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, v. 59.

⁴ REsp 971844/RS. A opinião da corte escrita pelo Ministro Teori Zavascki afirma que não há possibilidade de condenar empresas ao pagamento de dano moral coletivo nas ações coletivas.

⁵ REsp 971844/RS. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux expressou preocupação com as conseqüências econômicas de condenar empresas ao pagamento de danos morais coletivos nas ações coletivas.

⁶ REsp 1057274/RS.



Em segundo lugar, examinarei uma amostra estatisticamente significativa de casos de ação coletiva do consumidor no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (doravante MPRJ). A análise empírica revela que as empresas brasileiras possuem incentivos econômicos para infringir o direito continuamente. Em outras palavras, o fato de uma empresa privada ser responsabilizada pela justiça brasileira não parece impedir seus agentes de violarem o Código de Defesa do Consumidor (doravante CDC) e de prejudicar um grande número de consumidores. Depois de considerar todos os casos de ações coletivas contra empresas privadas, argumento que as condenações desses réus não produziram incentivos efetivos para o cumprimento da lei. Mesmo as empresas condenadas durante este período, não receberam sanções econômicas adequadas, possuindo incentivos econômicos para cometer outras irregularidades e se tornar réus em outras ações coletivas de consumo.

Este artigo se baseia na análise empírica das 405 ações coletivas de defesa do consumidor movidas por Promotores de Justiça no Rio de Janeiro entre 1991 e 2010. Mapeando empresas que continuam violando a lei e analisando 160 sentenças, foi possível avaliar o seu impacto econômico e seu efeito de dissuasão. Além disso, nove atores legais envolvidos com as ações coletivas de tutela dos consumidores foram entrevistados e deram suas opiniões sobre os danos punitivos e o fenômeno da ilicitude lucrativa. Uma seção subsequente apresenta um estudo de caso que mostra como transgressões coletivas dos direitos do consumidor podem ser economicamente lucrativas. Em conclusão, afirmo que sanções econômicas efetivas são necessárias para prevenir o fenômeno da ilicitude lucrativa.

Um esclarecimento adicional deve ser feito ao público brasileiro: a presente pesquisa foi realizada em 2011 e publicada na língua inglesa no JOxCSLS - Jornal do Centro de Estudos Sócio-Jurídicos da Universidade de Oxford - em 2015. O cenário se alterou desde a realização da pesquisa com mudança significativa na jurisprudência do STJ em favor do reconhecimento dos danos morais coletivos dentre nós e na experiência forense com relativo aumento de sanções econômicas impostas às empresas desde 2011 até o presente momento.

II. A DOUTRINA BRASILEIRA DOS DANOS PUNITIVOS

Não existe uma lei brasileira que admita claramente o instituto dos danos punitivos ou que estabeleça padrões para sua aplicação pelo Poder Judiciário. Em 2002, alguns Deputados Federais tentaram incluir no Código Civil (doravante CC) um comando normativo expresso para que os juízes imponham danos punitivos, mas este projeto legislativo nunca foi submetido ao voto do Congresso Nacional. Entretanto, o direito brasileiro desenvolveu o conceito de 'danos morais coletivos', que é a base jurídica para aplicação dos danos punitivos devido ao prejuízo causado para a sociedade como um todo como resultado de transgressões coletivas.

De acordo com o artigo 6, Inciso VI, do CDC, um dos direitos básicos dos consumidores, é "a prevenção efetiva e a compensação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Além disso, a Lei da Ação Civil Pública (doravante LACP) também se refere à responsabilidade pela dano moral nas ações

coletivas, reconhecendo a existência de dano moral como resultado da poluição ambiental, violações consumeristas de massa, desordem urbana, destruição do patrimônio histórico-cultural ou práticas anticompetitivas.

Muitos acadêmicos consideram que o conceito de 'danos morais coletivos' proporciona a base jurídica para a admissão dos danos punitivos na tutela coletiva. Bittar Filho explica que o dano moral coletivo é o prejuízo injusto para a esfera moral de uma dada comunidade ou, em outras palavras, é a violação ilegal de um certo círculo de valores coletivos.⁷ Da mesma maneira, André Ramos enfatiza o dano moral coletivo extensivo causado pelas transgressões ilícitas coletivas, justificando compensações extra-patrimoniais para a sociedade como um todo.⁸ Ademais, Hugo Mazzilli, dirigindo-se a seus críticos, afirma que, por um lado, danos morais coletivos não são nada além de uma coleção de danos individuais; por outro lado, ainda aqueles que se recusem a reconhecer a soma dos danos individuais como a essência do conceito de dano moral coletivo, devem lembrar que a responsabilidade civil contemporânea prescreve uma função punitiva, adicionando um caráter extra-patrimonial para os danos morais coletivos.⁹ Além disso, Freddie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr admitem a condenação ao pagamento de danos morais coletivos sempre que necessário para compensar a dor comunitária, impondo uma sanção que simultaneamente representa repreensão, compensação e que expressa uma gramática coexistencial da sociedade contemporânea, com um caráter pedagógico principal.¹⁰ Ademais, Roscoe Bessa entende que o conceito de "danos morais coletivos" proporciona uma base jurídica para o reconhecimento dos danos punitivos no sistema de tutela coletiva de direitos brasileiro. Para ele, a tutela coletiva nos força a construir soluções que usam simultaneamente conceitos de responsabilidade civil e também a perspectiva específica do direito penal.¹¹

Teori Zavascki, então Professor de Direito na Universidade de Brasília, escreveu uma crítica eloquente ao conceito de 'dano moral coletivo'. Primeiro, ele afirmou que "compensação e punição são imposições jurídicas distinguíveis e, no caso dos danos, a compensação é devida, conforme as normas que regem o sistema de responsabilidade civil. Entretanto, mesmo no evento de séria ilegalidade e ofensa, a imposição de qualquer punição não estabelecida anteriormente pela lei é puramente arbitrária, conforme o nosso sistema normativo, um ato arbitrário que não é atenuado - ao contrário, se torna ainda mais evidente - quando as punições estão disfarçadas sob o rótulo de condenação devida como danos morais.¹² Ademais, Teori Zavascki

⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 55.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1998, v. 25, p. 83.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 21ª edição, 2008, p. 146.

¹⁰ DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. São Paulo: JusPodivm, 4ª ed., 2009, p. 295-296.

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006, v. 59.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2009, p. 40.

argumentou que “a vítima dos danos morais é, necessariamente, uma pessoa. O dano moral abrange, necessariamente, sofrimento, dor e ofensa psicológica.¹³ Em sua conclusão, ele argumentou que o direito não pode transformar a essência dos fenômenos, nem suas consequências jurídicas e, assim, não se deve interpretar a LACP como tendo criado um conceito exótico de 'danos morais coletivos'.¹⁴

O Professor Teori Zavascki também era Ministro do STJ por ocasião da elaboração da pesquisa original.¹⁵ Coerente com seus trabalhos acadêmicos, o Ministro Teori Zavascki tinha expressado a mesma opinião em seus julgamentos na 1ª turma do STJ.¹⁶ Como relator, o Ministro Teori Zavascki afirmou que os danos morais exigem dor individual e sofrimento psicológico e que os danos morais coletivos não podem ser impostos como resultado do dano causado à sociedade como tal. De acordo com o Ministro Teori Zavascki, a proteção ambiental não exige uma condenação para responsabilizar a parte pelo pagamento dos danos morais coletivos, já que a ordem judicial para a recomposição do ecossistema degradado seria suficiente para a proteção da natureza.¹⁷

¹³ *Ibid*, p. 41.

¹⁴ *Ibid*, p. 42-43.

¹⁵ O Ministro Teori Zavascki deixou o STJ e se tornou Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF) em 29 de novembro de 2012.

¹⁶ O caso pioneiro em questão foi *Ministério Público de Minas Gerais vs Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda* (REsp 598281, 01/06/2006). A promotoria de proteção do meio ambiente ajuizou uma ação coletiva em face do município e de uma empresa por um empreendimento ilegal que causou degradação ambiental. Os réus foram condenados e obrigados a demolir todas as construções, recompor as áreas degradadas e restaurar a natureza local. Além disso, o Juízo de primeiro grau condenou os réus ao pagamento de R\$ 50,000 a título de danos morais coletivos causados pela conduta ilegal e descuidada. No julgamento da apelação, o juízo de segundo grau reverteu essa condenação ao dano moral coletivo, afirmando que os danos morais coletivos são cabíveis apenas se existir sofrimento individual. O acórdão concluiu que não existe um conceito de 'dano moral coletivo' no direito brasileiro. Logo, o MPMG interpôs o Recurso Especial ao STJ e o caso foi distribuído para a 1ª Turma. O Ministro Luiz Fux (acompanhado pelo Ministro Delgado) escreveu a opinião minoritária, em que ressaltava a ideia de que o Artigo 6, VI, do CDC e o Artigo 1o da LACP admitiam a condenação judicial dos réus de ações coletivas ao pagamento de danos morais coletivos.. Citando inúmeras opiniões acadêmicas, o Ministro Fux sustentou que a principal preocupação dos juízes, nesses casos, é a prevenção dos danos ambientais, devido ao status constitucional da proteção ambiental, o que impediria a interpretação restritiva a essa proteção. Concluindo sua opinião, o Ministro Fux mencionou que os danos patrimoniais e extra-patrimoniais devem coexistir, interpretação que favorece o meio ambiente equilibrado e saudável garantido pela constituição brasileira.

¹⁷ O Ministro Francisco Falcão aderiu ao voto. A Ministra Denise Arruda concordou com o julgamento, mas fez a ressalva que admitia a possibilidade de condenação por danos morais coletivos, apesar de não ser aplicável ao caso concreto. Em sua opinião, ela pontuou que existem situações em que certamente os danos extra-patrimoniais irão ser compensados por medidas objetivas para restauração física e por uma compensação monetária devido ao prejuízo difuso e coletivo. Entretanto, a Ministra Denise Arruda não encontrava evidência de danos extra-patrimoniais para a comunidade no caso. Apesar de ser uma decisão dividida, o caso foi seguido como se fosse um precedente pela 1ª Turma do STJ. No julgamento seguinte pela corte, *Ministério Público do Rio Grande do Sul e Município de Uruguaiana vs. Eletrojan Iluminação e Electricidade Ltda* (REsp 821.891-RS, 12/05/2008), o Ministro Fux escreveu a opinião unânime da Turma, seguindo o precedente estabelecido no julgamento prévio e afirmou que os danos morais coletivos são inadmissíveis. A 1ª Turma teve outra oportunidade de

Em contraste com esses precedentes da 1ª Turma, a 2ª Turma do STJ não apenas admitia, mas também elogiava o conceito de dano moral coletivo como sendo um instrumento relevante para prevenção das transgressões coletivas. Em uma primeira decisão,¹⁸ a Ministra Eliana Calmon discordou veementemente da linha decisória da 1ª Turma: eu não posso aceitar a conclusão da 1ª Turma, já que evidência de dor, sofrimento ou danos psicológicos são inessenciais para caracterizar dano extra-patrimonial. Em uma opinião contundente de uma votação unânime, a Ministra Eliana Calmon acrescentou que violações em massa a direitos não podem restar irreparadas, já que iria acarretar em falhas no direito para a prevenção e compensação de conflitos sociais. Em outro caso subsequente,¹⁹ a 2ª Turma do STJ de forma unânime também manteve uma condenação ao pagamento de dano moral coletivo de cento e vinte mil reais.

Os precedentes conflitantes do STJ evidenciam a importância da pesquisa acadêmica. São os danos extra-patrimoniais na tutela coletiva necessários para a efetiva prevenção das violações em massa de direitos dos consumidores? A análise empírica das ações coletivas de proteção do consumidor demonstram que a ausência de sanções econômicas efetivas criam um cenário de aplicação imperfeita do direito e induzem a ilicitude lucrativa. A próxima seção irá avançar o argumento a partir de dados quantitativos extraídos da experiência forense brasileira.

III. O MAPEAMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O CDC foi promulgado em 1990 e entrou em vigência em março de 1991.²⁰ O Título III do Código regula as ações coletivas consumeristas, sendo que as regras variam consideravelmente do modelo estadunidense de tutela coletiva. Primeiro, indivíduos não podem ser autores nas ações coletivas consumeristas brasileiras. Por uma decisão de política pública, o papel de autor nas ações coletivas é reservado a promotores de justiça, defensores públicos, associações privadas, sindicatos e por entes estatais.²¹ Segundo, não há um procedimento para a certificação da classe ou análise de representatividade adequada no Brasil, já que esses autores são legitimados pelo CDC

reafirmar esses precedentes em dois outros casos. In *Ministério Público Federal vs. Brasil Telecom S/A e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)* (REsp 971.844/RS, 12/02/2010), o Ministro Zavascki escreveu a opinião unânime da turma, seguindo as decisões anteriores. O Ministro Fux aderiu e escreveu uma opinião simplesmente para expressar sua preocupação com os riscos econômicos, incerteza jurídica e a necessidade de garantir o equilíbrio econômico dos contratos no mercado de telecomunicações para proteção dos investimentos crescentes. Em um caso análogo, *Ministério Público Federal vs. Brasil Telecom S/A* (REsp 1109905, 03/08/2010), o Ministro Hamilton Carvalhido escreveu a opinião unânime da turma e seguiu a mesma linha.

¹⁸ *Ministério Público do Rio Grande do Sul vs. Empresa Bento Gonçalves de Transportes Ltda.* (REsp 1057274/RS, 01/12/2009).

¹⁹ *Ministério Público Federal e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) vs. Brasil Telecom S/A* (REsp 1150530/SC, 18/02/2010).

²⁰ Lei Federal nº 8.078/90 (CDC).

²¹ Artigo 82 do CDC.

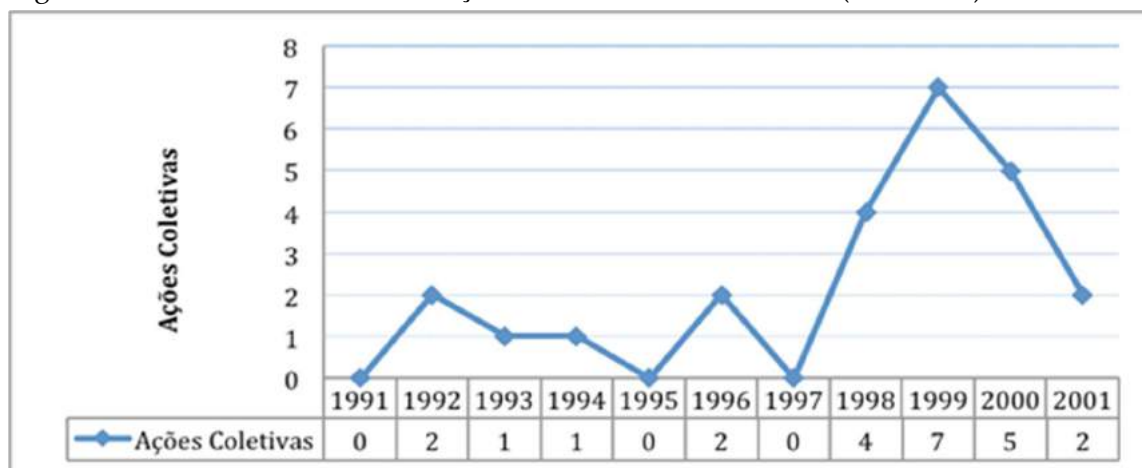


para atuar em nome da massa de consumidores.²² Terceiro, autores estão isentos de custas legais, incluindo as taxas judiciárias e os honorários advocatícios. A seu turno, a litigiosidade frívola e de má fé devem resultar no pagamento de multa correspondente a dez vezes o valor das custas legais (além dos honorários advocatícios e sem prejuízo da responsabilização por perdas e danos).²³ Quarto, regras de evidência não incluem o procedimento de descoberta (*discovery*), mas podem implicar na reversão do ônus da prova em favor dos autores. Ademais, o Ministério Público pode iniciar seus inquéritos civis para coletar documentos, depoimentos de testemunhas e produzir a prova necessária para respaldar suas ações coletivas.²⁴

1. Proteção do consumidor: papel dos Promotores de Justiça

Um número reduzido de ações coletivas consumeristas foi ajuizado imediatamente após a promulgação do CDC. Por exemplo, no Município do Rio de Janeiro, promotores de justiça ajuizaram apenas 24 ações coletivas consumeristas em face de empresas privadas entre 1991 e 2001.

Figura 1 – Período Preliminar de Ações Coletivas Consumeristas (1991-2001).



Fonte: Acervo MPRJ

Há muitas razões potenciais para o número limitado de ações coletivas durante esta primeira década: falta de doutrina consolidada sobre a nova legislação; falta de estrutura para conduzir investigações e coletar evidências de transgressões coletivas; falta de independência dos promotores de justiça, uma vez que eram designados pelo Procurador Geral de Justiça e agiam por delegação; falta de especialização para

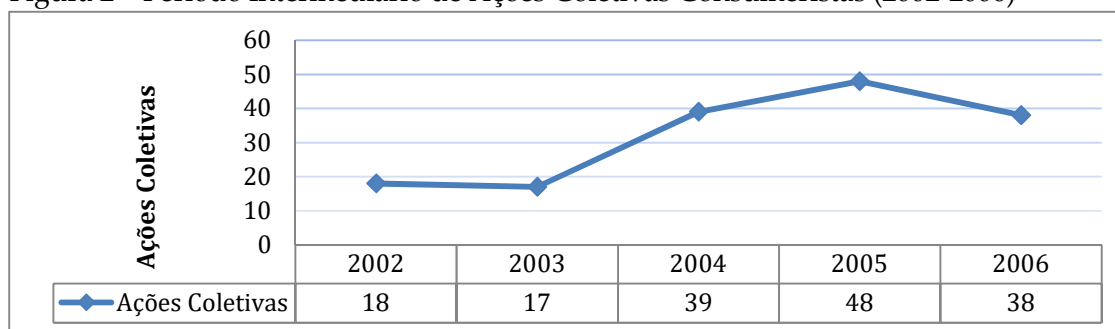
²² Veja GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

²³ Artigo 87 do CDC; Artigo 17 da Lei Federal nº 7.347/85.

²⁴ Artigo 6, VII, do CDC; Artigo 8 da Lei Federal nº 7.347/85.

conduzir investigações civis, já que a formação profissional dos promotores de justiça tinha sido essencialmente na aplicação do direito penal.

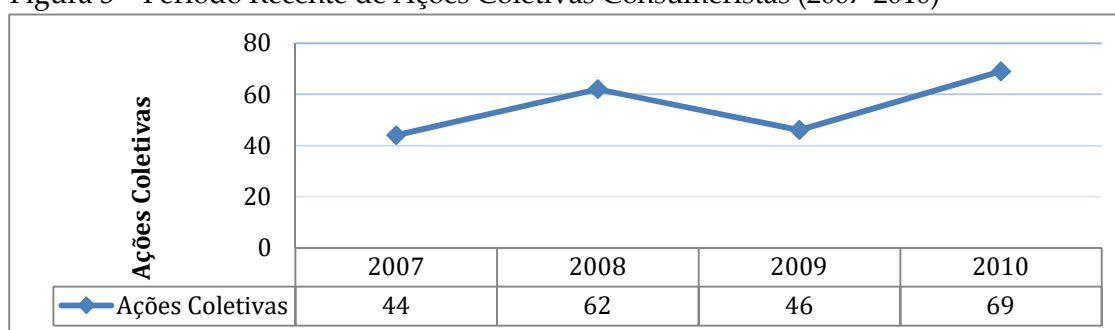
Figura 2 – Período Intermediário de Ações Coletivas Consumeristas (2002-2006)



Fonte: Acervo MPRJ

O MPRJ reestruturou as Promotorias de Justiça de tutela coletiva do consumidor da capital em 2001, designando quatro promotores independentes, cujas investigações, acordos e ações contenciosas não estariam mais sob o controle direto do Procurador Geral de Justiça. A independência aumentou a produtividade, na medida em que não era mais necessário buscar aprovação hierárquica ou se preocupar com as consequências políticas de processar empresas privadas. Além disso, a estrutura necessária para realizar inquéritos civis foi finalmente estabelecida e proporcionou que fossem coletadas evidências mais detalhadas para respaldar as ações coletivas. A designação de quatro promotores independentes com estabilidade funcional e caráter de permanência também trouxe conhecimento técnico, já que a crescente experiência e credibilidade gradualmente melhoraram a qualidade de seu trabalho e a quantidade de ações coletivas ajuizadas. Como consequência, os promotores de justiça de defesa do consumidor iniciaram 160 ações coletivas consumeristas contra empresas privadas nos cinco anos subsequentes.

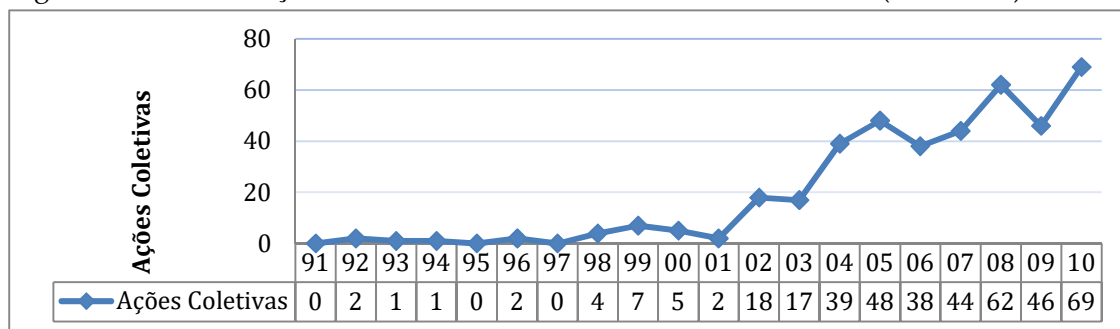
Figura 3 – Período Recente de Ações Coletivas Consumeristas (2007-2010)



Fonte: Acervo MPRJ

Esses casos fornecem uma excelente amostra para avaliar a efetividade do sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos. A análise empírica dessas ações coletivas de defesa do consumidor mostra que essas empresas privadas são frequentemente condenadas, mas não recebem sanções econômicas apropriadas para suas transgressões coletivas. Além disso, o tempo excessivo de duração dos julgamentos prejudica a efetividade de suas punições. Conseqüentemente, as empresas privadas não têm incentivos econômicos para cumprir a lei. Como resultado, as empresas podem tornar a delinquir e novas ações coletivas podem vir a ser ajuizadas. Entre 2007 e 2010, os promotores de justiça defesa do consumidor ajuizaram 221 ações coletivas contra empresas privadas.

Figura 4 – Total de Ações Coletivas Consumeristas em duas décadas (1991-2010)



Fonte: Acervo MPRJ

Antes de processar as empresas privadas, os promotores de justiça normalmente propõem acordos, que envolvem o compromisso de parar de infringir a lei e pagar indenizações aos consumidores prejudicados. As condições de tais pagamentos são negociáveis e podem ser parceladas de acordo com a capacidade financeira da empresa. No entanto, a maioria das empresas se recusa a negociar e prefere litigar. Assumindo que as empresas geralmente têm aversão ao risco e tomam decisões com base em análises racionais, fica claro que o sistema carece de sanções econômicas para impedi-las de continuar infringindo a lei.

A próxima seção identificará quem são os réus nesses 405 casos, ao longo dos primeiros vinte anos de existência das promotorias de justiça de tutela coletiva do consumidor no MPRJ.

2. Suspeitos usuais: identificando os transgressores

Mapeando o acervo de espelhos (cópias completas dos processos judiciais existentes para fins de acompanhamento no MPRJ) de ações coletivas de proteção ao consumidor, foram observados três períodos de tempo diferentes: período inicial (1991-2001); período intermediário (2002-2006); e período recente (2007-2010).

No período preliminar, 24 ações coletivas foram ajuizadas. Instituições financeiras e empresas de telecomunicações já estavam entre os réus habituais. Algumas dessas

ações coletivas pretenderam limitar as taxas de juros e não obtiveram sucesso, devido à relutância do judiciário em intervir em questões econômicas. Todas as três ações coletivas contra empresas de telecomunicações focaram em práticas de propaganda abusiva para vender linhas telefônicas.

Tabela 1 – Período Preliminar (1991-2001). Ações Coletivas por categoria de réu e percentagem

Réus nas Ações Coletivas	Casos (1991-2001)	Percentagem (%)
Instituições Financeiras	7	29.1
Construção e Imobiliária	4	16.7
Empresas de Telecomunicações	3	12.5
Seguradoras de Saúde	3	12.5
Automóveis	2	8.3
Seguradoras em geral	1	4.2
Outras empresas	4	16.7
Total	24	100

Fonte: Acervo do MPRJ.

Nessa década inicial, houve também um número significativo de ações coletivas contra empresas imobiliárias e habitacionais. Em um desses casos, os apartamentos foram vendidos, mas não entregues a todos os futuros proprietários. Dois outros casos envolveram cobranças ilegais devido a perdas de inflação. Finalmente, um quarto caso envolveu o colapso de um prédio que teve que ser demolido devido à falha do projeto e ao uso de materiais de construção de baixa qualidade. Este processo coletivo ficou conhecido como o caso do Edifício Palace e estabeleceu um precedente relevante, uma vez que se decidiu que os promotores de justiça não deveriam entrar com ações coletivas em nome dos proprietários de apartamentos e que esses proprietários precisavam ir aos tribunais para defender seus próprios direitos. Logo, a percentagem de ações coletivas contra empresas imobiliárias e de construção diminuiu significativamente nos anos seguintes, limitando-se apenas a questões relativas a problemas contratuais, mas não a falhas de construção.

Não houve ações coletivas contra empresas de transporte ou de energia nesse período inicial. Esses tipos de empresas se tornaram gradativamente réus habituais durante o período intermediário e réus em diversas ações coletivas no período recente. Há duas explicações diferentes para a completa inexistência de ações ajuizadas contra empresas de energia e transporte durante esse período inicial. Primeiro, a investigação para coletar evidências de falhas na prestação de serviços requer uma estrutura muito sofisticada e os promotores não a possuíam durante a década de 1990. Em segundo lugar, durante essa década inicial, a companhia de eletricidade, as barcas, o metrô e o sistema de trens urbanos eram públicos. Eles foram privatizados no final daquela década e as reclamações dos consumidores por melhores serviços aumentariam significativamente nos anos seguintes.

No período intermediário, o acervo mostrou uma variedade muito maior de casos, incluindo diferentes setores de negócios e atividades de lazer. A variedade de casos variou de acidentes em parques de diversões a negociações abusivas de jazigos em

cemitérios. A promulgação do Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03) reconheceu status de consumidores dos torcedores e a base jurídica para o que clubes e federações fossem processados judicialmente.²⁵ Além disso, a competição crescente entre agências de turismo resultou em uma série de ações coletivas devido a propaganda enganosa, comportamento fraudulento e acusações de transgressões coletivas. Grupos educacionais também foram responsabilizados por cobrar taxas ilegais. Além disso, empresas de transporte e energia finalmente apareceram como réus em ações coletivas de proteção ao consumidor nesses anos intermediários. Não obstante, os réus habituais continuaram a violar o CDC e a maioria das ações coletivas foi movida contra instituições financeiras, empresas de telecomunicações, seguradoras de saúde e empresas imobiliárias. Durante esse período intermediário, esses quatro tipos de empresas foram réus em 61,9% dos casos, um percentual não muito distante do período inicial: 70,8%.

Tabela 2 – Período Intermediário (2002-2006). Ações coletivas por categoria de réu e percentagem

Réus nas Ações Coletivas	Casos (2002-2006)	Percentagem (%)
Instituições Financeiras	36	22.5
Empresas de Telecomunicações	31	19.4
Seguradoras de Saúde	21	13.1
Construtora e Imobiliária	11	6.9
Empresa de Energia	09	5.6
Agências de Turismo	06	3.8
Lazer (parques, música, etc)	05	3.1
Transporte de passageiros	04	2.5
Clubes esportivos e competições	04	2.5
Automóveis	03	1.9
Lojas de Departamento	03	1.9
Grupos Educacionais	03	1.9
Seguradoras em geral	02	1.2
Shopping centers	01	0.6
Outras empresas	21	13.1
Total	160	100

Fonte: Acervo do MPRJ.

²⁵ Sobre o Estatuto do Torcedor, veja FORTES, Pedro R. B. The Law related to Brazilian Sports Fans: An Introduction for a British Audience. *Entertainment and Sports Law Journal*, v. 11, n. 2, 2013; FORTES, Pedro R. B. War and peace among organized support groups: the challenge of ensuring safety in football stadiums. *Caderno FGV Projetos*, v. 22, p. 86, 2013; FORTES, Pedro R. B. We The Fans: Should International Football Have Its Own Constitution?, *Southwestern Journal of International Law*, v. 21, 2014, p. 63; FORTES, Pedro R. B. Das Brasilianische Sport-Fan Gesetz: eine Einführung für das deutsche Publikum, *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, v. 1, p. 68, 2014; FORTES, Pedro R. B. A responsabilidade coletiva de torcidas organizadas. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 48, p. 211, 2013.



No período recente, instituições financeiras e empresas de telecomunicações continuaram a ser processadas por promotores. Em termos absolutos, houve 36 ações coletivas contra instituições financeiras em cada um dos períodos. Em relação às empresas de telecomunicações, o número de ações coletivas de proteção ao consumidor aumentou de 31 (2002-2006) para 36 (2007-2010). Essas empresas mantiveram seu status de "suspeitos usuais" e são empresas privadas que continuam violando a lei, independentemente do fato de que elas são repetidamente acusadas em ações coletivas de transgressões coletivas dos direitos do consumidor.

Também é importante notar o crescimento substancial do número de casos envolvendo ônibus, trens, metrô, táxis e o sistema de barcas: 1275%. Embora não tenham sido coletados dados específicos sobre as multas impostas a essas empresas pela Agência Estadual de Transportes (Agetransp) e pela Autoridade Municipal e Estadual de Transportes (SMTr e DETRO), uma possível explicação pode vir da falta de controle efetivo e sanções econômicas por parte das agências reguladoras e do poder executivo. Durante anos, os promotores requisitaram informações dessas agências e não receberam os relatórios solicitados. Em 2010, no entanto, houve uma transformação positiva na Autoridade Municipal, cuja Secretaria se concentrou mais na fiscalização e no controle de qualidade do serviço. Desde então, relatórios detalhados e imediatos de fiscalização passaram a ser enviados regularmente para as Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor da Capital. Nos primeiros três meses de 2011, nenhuma ação coletiva foi movida contra uma empresa de transporte.

Tabela 3 – Período recente (2007-2010). Ações coletivas por categoria de réus e percentagem

Réus nas Ações Coletivas	Casos (2007-2010)	Percentagem (%)
Transporte de passageiros	51	23.0
Instituições Financeiras	36	16.3
Empresas de Telecomunicações	36	16.3
Clubes esportivos e competições	11	5.0
Empresas de energia	10	4.5
Lojas de Departamento	10	4.5
Seguradoras de Saúde	10	4.5
Shopping centers	10	4.5
Grupos Educacionais	06	2.8
Construtora e Imobiliária	05	2.3
Lazer (circo, música, etc)	04	1.8
Agência de Turismo	03	1.4
Seguradora em Geral	03	1.4
Automóvel	02	0.9
Outras empresas	24	10.8
Total	221	100

Fonte: Acervo MPRJ.



As agências reguladoras e as autoridades executivas também desempenham um papel essencial no caso da proteção do consumidor. Se elas regulam seus mercados de acordo com o CDC, as empresas privadas terão um conjunto claro de regras a serem cumpridas. No entanto, definir diretrizes, normas e deveres não é suficiente. Sem sancionar adequadamente as irregularidades, essas agências e autoridades testemunharão o fenômeno da lucrativa ilegalidade: as empresas violarão constantemente a lei se tiverem incentivos econômicos para fazê-lo.

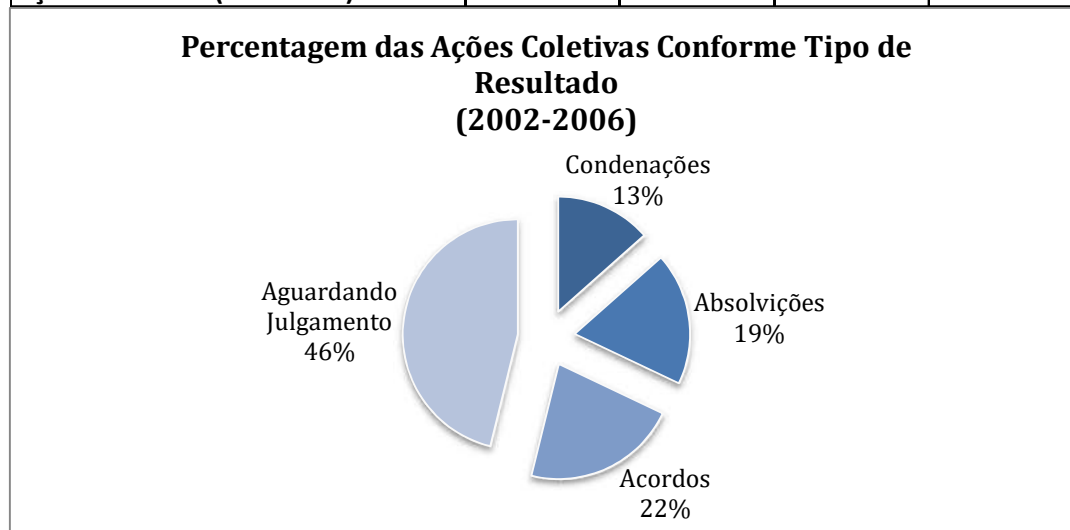
No presente artigo, no entanto, não procuro descrever o fenômeno da ilegalidade lucrativa observando as agências reguladoras. O foco está na inefetividade do sistema brasileiro de ações coletivas. A próxima seção analisará todas as 160 ações coletivas do período intermediário e seus resultados.

3. Culpado ou inocente? – analisando as sentenças

A pesquisa quantitativa indica duas razões principais para a inefetividade das ações coletivas dos consumidores brasileiros. Em primeiro lugar, a falta de sanções econômicas para os infratores fornece incentivos econômicos para as empresas infringirem a lei. Em segundo lugar, a lentidão do sistema judiciário brasileiro afeta sua capacidade de evitar novas transgressões coletivas.

Figura 5 – Resultados das ações coletivas consumeristas do período intermediário (2002-2006)

Resultados dos Julgamentos	Condenações	Absoluções	Acordos	Aguardando
Ações Coletivas (2002-2006)	21	29	34	72



Fonte: acervo do MPRJ (checado em abril de 2011).

Analisando a amostra de 160 ações coletivas, não havia em abril de 2011 um único caso de condenação definitiva obrigando uma empresa a pagar indenização por dano moral coletivo de caráter punitivo. As empresas foram condenadas em 21 casos, mas

sanções econômicas efetivas não foram impostas em nenhum desses julgamentos. Elas foram absolvidas em 29 julgamentos. Os promotores e advogados de empresas privadas fecharam acordos em 34 ações coletivas e a negociação quase sempre envolvia o compromisso do réu com o cumprimento do CDC sem a imposição de qualquer sanção econômica devido a uma violação anterior da legislação. Excepcionalmente, uma vez, bancos privados concordaram em pagar uma multa de dez milhões de reais como parte de um acordo com o Ministério Público. 72 ações coletivas ainda estavam aguardando sentenças ou julgamentos de apelação finais em abril de 2011. Em apenas três casos, empresas privadas foram condenadas a pagar indenizações por dano moral coletivo de caráter punitivo. Devido a propaganda ilegal, uma empresa foi condenada a pagar R\$ 500.000,00. Pela mesma razão, uma empresa de telecomunicações pode ser obrigada a pagar R\$ 70.000,00. Finalmente, devido ao comércio ilícito de combustível, três diferentes empresas de postos de gasolina foram condenadas a pagar R\$ 70.000,00. Todas as três condenações foram confirmadas pelo tribunal e aguardam julgamento do recurso especial no STJ.

Além da falta de indenizações de caráter punitivo, o complexo sistema brasileiro de tutela coletiva também não obriga, na prática, as empresas privadas a compensar os consumidores por suas perdas econômicas. Ao contrário do sistema americano, o Brasil não possui um procedimento de descoberta para coletar evidências sob regras de divulgação completa. Portanto, as empresas não são obrigadas a fornecer informações detalhadas sobre o montante exato de todas as tarifas abusivas cobradas de cada consumidor ou revelar o valor total do lucro resultante da violação da lei. Além disso, o sistema brasileiro não possui um procedimento efetivo de notificação do consumidor lesado. De acordo com o CDC, os consumidores devem ser avisados sobre a existência de uma ação coletiva, sendo suficiente a publicação de um edital no diário oficial do tribunal. Como consequência, a maioria dos consumidores desconhece esses casos e não acompanha os julgamentos.²⁶ Finalmente, o sistema brasileiro de tutela coletiva exige que os consumidores sejam proativos para receber remuneração. Uma vez que uma decisão judicial definitiva condenar uma empresa privada a indenizar as vítimas por suas perdas econômicas, o sistema brasileiro espera que cada consumidor contrate um advogado e participe individualmente do processo coletivo para exigir sua parcela de remuneração. Considerando que a maioria desses casos está relacionada à cobrança ilegal de um valor econômico módico, a maioria das vítimas não se dá ao trabalho de reivindicar suas indenizações individuais nos tribunais. Dada a falta de informação sobre o montante total de perdas econômicas, os promotores de justiça podem não ser capazes de forçar essas empresas a fazer um depósito no Fundo de Defesa do Consumidor, como uma alternativa para a compensação individual dos consumidores.

Examinando todos os 21 casos de julgamentos de ação coletiva com condenações definitivas em abril de 2011, não havia nenhum caso em que os consumidores individuais foram devidamente compensados. De fato, nove sentenças declararam que houve violação da lei e obrigaram as empresas a cumprir o CDC, mas não condenaram esses réus a pagar indenização compensatória. Outras 12 condenações obrigaram as

²⁶ Artigo 92 do CDC.

empresas a compensar totalmente as perdas das vítimas, mas no final essas decisões não impuseram sanções econômicas aos infratores, uma vez que os consumidores individuais não reivindicaram sua parte de danos e os promotores ainda não tinham aplicado a regra legal de recuperação fluida desses valores na ausência de pagamento individual de indenizações.²⁷

Vale a pena notar que essas condenações não são meramente simbólicas, já que os juízes adotam as medidas necessárias para impor o cumprimento de suas próprias decisões após os julgamentos de uma ação coletiva. Portanto, uma vez que uma ordem judicial de cumprimento da lei seja definitiva, os juízes irão impor uma multa significativa às empresas desobedientes. A maioria das instituições financeiras e empresas de telecomunicações não questionam essas decisões judiciais e tendem a não cometer a mesma irregularidade repetidamente. Por outro lado, como esses réus não experimentam nenhum tipo de punição econômica pela sua delinquência anterior, eles também não têm incentivos econômicos efetivos para se abster de cobrar outras tarifas ilegais, violar outras cláusulas do CDC ou adotar qualquer outra prática abusiva. Dados empíricos revelam que essas empresas enfrentam um risco mínimo de sofrer qualquer tipo de punição econômica, desde que não questionem uma ordem proibitiva de um juiz.

Este contexto de sub-dissuasão ou dissuasão imperfeita ("*under-deterrence*", conforme a terminologia técnica estadunidense) fornece uma explicação clara para todos os acordos negociados sem a imposição de compensação econômica. Até 2011, os promotores não esperavam impor danos punitivos por meio de ações coletivas consumeristas e estavam cientes de que seria improvável que as vítimas individuais reivindicassem indenização compensatória nesses casos. Portanto, esses promotores tinham incentivos claros para negociar acordos em que empresas privadas se comprometiam com o cumprimento imediato da lei. Como os litígios coletivos no Brasil costumavam durar muitos anos, as empresas eram avessas ao risco e fechavam acordos quando previam a possibilidade de um risco concreto de punição econômica ainda que no futuro remoto. Até abril de 2011 havia apenas um caso excepcional em que uma instituição financeira decidiu pagar dez milhões de reais como parte de um acordo para encerramento de uma ação coletiva, provavelmente evitando o risco de ser condenada com uma punição econômica maior no julgamento posteriormente.

Finalmente, por ocasião da análise empírica, em abril de 2011, havia várias ações coletivas aguardando uma decisão final. No acervo de ações coletivas do período intermediário, 72 ações coletivas ainda aguardavam sentenças ou julgamentos finais de recurso. Em 26 casos, já havia sentença do juiz da Vara Empresarial da Comarca da Capital e julgamento da apelação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (doravante TJRJ). Esses casos aguardavam então uma decisão final do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) ou do STJ. 29 ações coletivas tinham sido julgadas pelo Juiz da Vara Empresarial e estavam aguardando o julgamento de uma apelação. Ainda havia 17 processos coletivos aguardando uma sentença de primeira instância pelos juízes das Varas Empresariais.

²⁷ Artigo 100 do CDC.



A lentidão é extremamente prejudicial para os consumidores por vários motivos. Em primeiro lugar, eles são privados de recursos monetários retidos ilegalmente por empresas privadas. Em segundo lugar, na ausência de uma liminar, as empresas continuarão a repetir a prática contestada até uma decisão definitiva e privarão os consumidores de seus direitos. Terceiro, a duração prolongada do tempo desmobilizará os consumidores e as vítimas individuais provavelmente não serão totalmente compensadas por empresas privadas.

IV. O FENÔMENO DA ILICITUDE LUCRATIVA

Além da análise quantitativa, nove atores jurídicos foram entrevistados: três promotores de justiça; dois juízes; um defensor público; um advogado da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (doravante ALERJ); dois advogados de empresas privadas (jurídico de uma instituição financeira e jurídico de uma empresa de telecomunicações). Todos esses atores jurídicos estavam trabalhando em 2011 com as ações coletivas consumeristas no Rio de Janeiro e suas opiniões vinham de anos de experiência profissional na área. Entrevistas foram conduzidas com o objetivo de obter suas opiniões sobre danos punitivos, sanções econômicas e o fenômeno da ilegalidade lucrativa.

1. Falta de danos punitivos

Os demandantes criticaram, por exemplo, a falta de indenizações por danos morais coletivos de caráter punitivo nas ações coletivas no Rio de Janeiro. Segundo o defensor público, o advogado da Comissão e os promotores de justiça, as empresas privadas quase nunca tinham sido condenadas a pagar indenizações por dano moral coletivo de caráter punitivo. De acordo com esses profissionais, os tribunais são conservadores: os juízes foram forjados em uma cultura jurídica de responsabilidade civil clássica e, portanto, relutariam em punir as empresas por seus erros. Suas sentenças eram muitas vezes limitadas a proibir um ato ilegal e a compensar danos patrimoniais. Dois entrevistados referiram-se ao fato de que a tutela coletiva de direitos é relativamente nova no Brasil e que a doutrina ainda não estaria consolidada, de modo que tem esperança de que a cultura jurídica possibilitará a aplicação efetiva dos danos punitivos no futuro. Dois entrevistados referiram-se às origens americanas dos danos punitivos e ao preconceito que alguns casos emblemáticos alimentaram na comunidade jurídica brasileira. O defensor público também lembrou o fato de que não existe lei que admita expressamente a aplicação dos danos punitivos no Brasil. Um dos juízes também se referiu à inexistência de um mandado legal expresso como sendo uma explicação para a falta de uma cultura de punição econômica.

Indagado especificamente sobre se o conceito de "danos morais coletivos" poderia permitir a condenação de empresas a pagar indenizações por danos punitivos, todos os entrevistados concordaram, exceto o jurídico do banco. Ele argumentou que os danos morais são pessoais e não afetam a sociedade como tal. O jurídico de telecomunicações admitiu a possibilidade de condenação a título de danos punitivos, mas também mencionou o fato de que "danos morais coletivos" não pareciam ser um

conceito preciso. Ele afirmou que há uma cultura de vingança no Brasil, em que os órgãos públicos processam empresas privadas com base em uma falsa ideia de imperialismo econômico. Em sua opinião, há um mito generalizado de que as empresas privadas sempre tentam maximizar os lucros fornecendo níveis mínimos de serviço. Segundo ele, danos punitivos são uma imitação perigosa de um conceito estrangeiro que pode acabar arruinando negócios e levar à falência de empresas privadas.

Ironicamente, no entanto, ele admitiu que os danos punitivos não eram excessivamente altos para as empresas privadas. Como uma questão prática, não tinham sido impostas sanções econômicas impostas à sua empresa devido a ações coletivas consumeristas. Isso não quer dizer que não houve consequências internas. Pelo contrário, sempre que uma ação coletiva é ajuizada, o departamento jurídico da empresa está preocupado com a possível condenação, a publicidade negativa e os riscos econômicos inerentes. A aversão ao risco de sofrer danos punitivos afeta os negócios e as empresas privadas sempre investem mais recursos para evitar sanções econômicas. Em ao menos uma ocasião, a empresa não estava originalmente comprometida em investir em um determinado serviço e o investimento maciço naquele serviço só veio como resultado de uma ação coletiva. O jurídico explicou que esse caso era excepcional, já que negar os direitos dos consumidores e maximizar os lucros não faz parte da política da empresa. Segundo ele, o departamento jurídico da empresa tem poder de veto que pode ser superado apenas pelo CEO. Se os advogados demonstrarem que uma cláusula contratual ou uma determinada prática é ilegal, o seu aconselhamento jurídico não é submetido a um plano de negócios que avalia se os benefícios são superiores aos custos potenciais. No entanto, a análise de custos e benefícios é a lógica da empresa sempre que eles cometem uma ilegalidade imprevisível. Nesses casos, causados por práticas irregulares de mercado, mudanças doutrinárias e falhas regulatórias, geralmente é mais benéfico pagar indenizações aos poucos consumidores que processam judicialmente a empresa do que melhorar a qualidade de seus serviços.

A maioria dos entrevistados está preocupada com a possibilidade de que o sistema crie incentivos para litígios frívolos e condenações irracionais. No entanto, todos os atores jurídicos elogiaram o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, uma vez que as empresas privadas não devem pagar indenizações por danos punitivos a consumidores individuais, mas a um Fundo de Proteção de Direitos do Consumidor.²⁸ Todos consideram essa solução jurídica uma alternativa interessante ao modelo americano de justiça civil, no qual os danos punitivos podem beneficiar um litigante individual. Um dos juízes afirmou que tal sistema encoraja os consumidores a sofrer danos e, eventualmente, tomar medidas para maximizar as consequências negativas dos erros cometidos por uma empresa, simplesmente para ter direito a uma recompensa maior. Esse sistema não apenas estimula a má-fé, mas também produz mais externalidades e a sociedade teria de arcar com custos sociais excessivos.

Vale ressaltar que a maioria dos entrevistados se referiu a casos americanos emblemáticos para expressar sua preocupação com sanções econômicas exageradas.

²⁸ Artigo 13 da Lei Federal nº 7.347/85.



Cinco entrevistados mencionaram o caso do café McDonald's como um exemplo a não ser seguido pelos tribunais brasileiros. Três entrevistados comentaram vagamente que os Estados Unidos eram conhecidos por recompensas monetárias excessivas, mas não afirmaram nada sobre esses casos que eram apenas evidências anedóticas para eles. Um promotor de justiça também se referiu ao caso do café McDonald's e ao caso Pinto, mas elogiou o sistema estadunidense de justiça civil e sua capacidade de influenciar as rotinas operacionais e a tomada de decisões dentro de empresas privadas. O caso Pinto também foi mencionado por um juiz como um exemplo da importância dos danos punitivos. Uma juíza criticou não apenas os excessos dos Estados Unidos, mas também a apatia da França. Segundo ela, o consumidor francês é muitas vezes desprotegido e as empresas privadas sempre alegam que não são responsáveis por qualquer dano causado ao consumidor. Na opinião dela, o sistema brasileiro é o melhor, pois é o mais equilibrado.

Com exceção dos advogados privados, todos os atores jurídicos defenderam a existência de indenizações por danos punitivos no Brasil e afirmaram que a falta de indenizações punitivas quase sempre produzirá incentivos econômicos para que empresas privadas violem o CDC. O jurídico do banco argumentou que as instituições financeiras estão muito preocupadas com sua imagem e com publicidade negativa e danos punitivos são, portanto, desnecessários. O jurídico da empresa de telecomunicações alegou que os danos punitivos seriam internalizados como custos, e os consumidores teriam que pagar por eles através de preços mais altos ou serviços de menor qualidade.

Ambos os juízes mencionaram que a punição excessiva pode ser prejudicial aos consumidores. Ambos destacaram o fato de que a imposição de danos punitivos envolve uma equação complexa e que a sanção econômica deve ser proporcional. De acordo com um juiz, a punição não deveria arruinar os negócios, nem desencorajar os investidores e deve ser do interesse dos consumidores ao invés de prejudicá-los.

Indagados sobre os fatores que devem ser levados em consideração para fixar o valor dos danos punitivos, os entrevistados mencionaram: (i) porte da empresa; (ii) quantidade de dano causado às vítimas; (iii) quantidade de lucro obtido devido a irregularidade; (iv) capacidade para prevenir mais irregularidades; (v) grau e severidade de má conduta. Não foi possível concluir a partir de suas respostas se esses fatores são hierárquicos. Como disse um dos promotores de justiça, esses parâmetros devem vir de um grande número de julgamentos práticos. No entanto, os tribunais raramente - ou nunca - examinaram os critérios para a quantificação de danos punitivos em uma ação coletiva consumerista. Além disso, os estudiosos brasileiros não os discutem.²⁹

É claro, portanto, que a falta de indenizações por danos punitivos ajuda a explicar o fenômeno da ilicitude lucrativa, uma vez que os "danos morais coletivos" permanecem simplesmente como parte do "direito nos livros" em vez do "direito em

²⁹ Recentemente publicamos um texto sobre o tema: FORTES, Pedro R. B.; OLIVEIRA, Pedro Oliveira. A Quantificação do Dano Moral Coletivo. In: ROSENVALD, Nelson Rosenvald; NETO, Felipe Teixeira (org.). **Dano Moral Coletivo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

ação" ("*law on the books*" versus "*law in action*"). A próxima seção mostrará que o sistema de ações coletivas consumeristas também carece de outras sanções econômicas.

2. Falta de outras sanções econômicas

Além dos danos punitivos, as empresas privadas podem sofrer outras consequências econômicas como resultado da ação coletiva de proteção dos consumidores. Por exemplo, um banco ou empresa de telecomunicações pode ser condenado a reembolsar uma tarifa ilegal que foi cobrada de seus clientes. Pesquisadores americanos frequentemente criticam os acordos de ação coletiva devido à tentação de colusão entre advogados da classe e da empresa e ao fato de que as vítimas podem receber menos dinheiro ou mesmo cupons de desconto, o que exigirá novas compras na empresa do réu. No Brasil, no entanto, o cenário é ainda pior em termos de recompensas econômicas, uma vez que se espera que os clientes individuais sejam proativos para receber qualquer indenização. O sistema brasileiro de tutela coletiva espera que cada consumidor contrate um advogado e participe individualmente da ação coletiva para exigir sua parcela de indenização. De acordo com a análise quantitativa, houve apenas 21 condenações definitivas no período intermediário e nenhuma delas resultou em indenização para vítimas individuais.

Ambos os juízes estavam cientes desse fenômeno e afirmaram que os consumidores individuais quase nunca se beneficiam de uma ação coletiva. Um deles até disse que não se lembrava de uma única compensação individual em seus muitos anos na Vara Empresarial da Capital. O outro juiz se referiu ao pagamento de indenização de um consumidor como um fenômeno extremamente raro. Sua opinião é coerente com a análise quantitativa e foi compartilhada por todos os outros atores jurídicos.

O jurídico do banco explicou que o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos ainda está amadurecendo. Nos primeiros anos, as ações coletivas consumeristas eram extremamente raras e não estava claro se o CDC também regulava as instituições financeiras. Segundo ele, apenas algumas ações coletivas contra os bancos receberam sentenças definitivas e agora estão prontas para serem aplicadas e cumpridas. Nesses casos, os consumidores individuais geralmente só ajuizavam suas ações individuais contra bancos ou simplesmente não seguiam os julgamentos de ações coletivas. Portanto, uma vez que haja uma sentença definitiva, as vítimas individuais não são informadas ou já terão sido compensadas por outros meios.

O jurídico da empresa de telecomunicações acrescentou que não apenas a justiça civil brasileira é lenta, mas muitas ações coletivas têm como objeto o pagamento de valores pequenos a título de danos compensatórios. Apenas alguns clientes demandam o pagamento desses danos compensatórios por meio de processos judiciais individuais, nos quais a empresa pode negociar acordos individuais e pagar danos extra-patrimoniais mais elevados. Apenas uma pequena percentagem de clientes ajuíza as ações individuais e, em última análise, a empresa pode se beneficiar do fato de que a massa de consumidores não busca ser indenizada e nem é compensada como um todo. Como informado pelo jurídico, sua empresa de telecomunicações ainda não

tinha tido que pagar qualquer tipo de sanção econômica devido a uma ação coletiva consumerista.

Os demandantes também confirmaram que a compensação individual por meio de ações coletivas é rara no Brasil. Todos os entrevistados concordaram que um sistema menos burocrático seria muito mais eficaz. Todos eles consideraram que a necessidade de contratar um advogado para se habilitar e exigir compensação era um forte obstáculo à indenização individual nas ações coletivas. No entanto, ambos os juízes ficaram intrigados com a ideia de abolir essa formalidade e não podiam conceber um sistema diferente. Alguns demandantes sugeriram a possibilidade de conceber medidas administrativas para fazer cumprir as decisões judiciais em um sistema híbrido que conciliaria a independência dos juízes com os custos mais baixos e com maior nível de informação das agências reguladoras e de outros órgãos administrativos.

A maioria dos atores jurídicos considera que as medidas liminares são o método mais eficaz de proteção ao consumidor. Ambos os juízes afirmaram que suas ordens são quase sempre seguidas e, se não, fixariam e cobrariam multas mais altas. Ambos os advogados privados concordaram que suas empresas não desafiam ordens judiciais, mesmo que discordem da decisão. A menos que uma ordem judicial seja inviável, eles afirmam que nunca irão desobedecer. Os autores concordam que as liminares podem ser muito eficazes, mas reclamam que, às vezes, os juízes relutam em cobrar multas. De qualquer forma, todos concordam que as sanções econômicas podem vir mais facilmente quando uma empresa privada desafia uma ordem judicial do que de outra forma.

3. Enfrentando a ilicitude lucrativa

Conforme as entrevistas revelam, as empresas brasileiras podem se beneficiar de infringir a lei e de violar os direitos do consumidor. O que pode ser feito para impedir suas transgressões e para se eliminar o fenômeno da lucrativa ilegalidade?

O jurídico do banco argumentou que o diálogo entre empresas, agências reguladoras e demandantes de ações coletivas é necessário. Segundo ele, os produtos e serviços financeiros devem obter a aprovação prévia dos departamentos de defesa do consumidor, a fim de evitar novas irregularidades. Instituições financeiras são frequentemente responsáveis porque o CDC não é claro.

O jurídico da empresa de telecomunicações alegou que mais ações coletivas são necessárias, uma vez que causam impacto interno real no negócio. Além disso, ele afirmou que medidas imediatas que afetam o lucro são as mais eficazes. Por exemplo, se a empresa não está executando um determinado serviço corretamente, proibir a empresa de contratar novos clientes para esse serviço é a maneira mais eficaz de forçar investimentos imediatos. Além disso, a publicidade negativa na mídia também é extremamente eficaz para evitar novas irregularidades. Por fim, ele acrescentou que os CEOs temem muito mais a responsabilidade pessoal do que os danos punitivos. Portanto, as liminares e sentenças seriam mais eficazes se impusessem sanções econômicas aos CEOs e, por fim, proibissem que eles dirigissem uma empresa por um

determinado período de tempo. Danos punitivos não estão impondo sanções aos CEOs; eles estão punindo acionistas ou consumidores.

Uma juíza também considerou que a desconsideração da personalidade jurídica seria um meio eficaz de impedir a ilicitude lucrativa. Segundo ela, não há uma única fórmula, mas muitos instrumentos diferentes que deveriam ser usados com maior rapidez e frequência: ordens liminares; danos punitivos; proibição de serviços; *recall* de produtos; e apreensão de bens. Ela também destacou a importância da mídia e sugeriu que as empresas devem ter a obrigação de publicar o resumo de uma condenação definitiva, para que os consumidores individuais possam estar cientes de que têm direito a uma indenização. O outro juiz acredita que os tribunais brasileiros devem desenvolver uma cultura de imposição de multas e outras sanções econômicas, como indenizações por danos punitivos.

Todos os promotores de justiça, o advogado da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ e o defensor público consideraram que os danos punitivos são uma forma eficaz de evitar novas irregularidades e eliminar o fenômeno da ilicitude lucrativa. Um dos promotores sugeriu que as ações coletivas devem ter prioridade sobre os outros casos, devido ao seu impacto sobre vários indivíduos. O outro promotor acrescentou que o sistema de justiça civil deve usar novos canais de tecnologia da informação para transmitir ações coletivas. Outro promotor enfatizou a responsabilidade pessoal dos CEOs e a desconsideração da personalidade jurídica como os instrumentos mais eficazes para evitar novas irregularidades. O advogado da Comissão elogiou as liminares como a ferramenta mais eficaz para eliminar a ilicitude lucrativa. Finalmente, o defensor público sugeriu que os ativos das empresas proporcionais ao dano coletivo devem ser bloqueados sempre que as empresas forem acusadas de prejudicar os direitos do consumidor, de modo que não se beneficiem desses recursos durante o litígio.

A pesquisa empírica demonstra, portanto, que o sistema deve ser reformado com o desenvolvimento de mecanismos mais eficazes de aplicação do direito e sanções econômicas adequadas para evitar novas irregularidades. A próxima seção fornecerá um estudo de caso mostrando como as empresas podem violar a lei, uma vez que não têm desincentivos apropriados para cumprir a legislação.

V. POR QUE AS EMPRESAS PODEM VIOLAR A LEI?

Como um estudo de caso, um exemplo de transgressão coletiva revela os incentivos que as empresas brasileiras tinham para infringir a lei. A C-TV, uma empresa de telecomunicações, decidiu cobrar R\$ 10,00 (dez reais), por mês de todos os consumidores que pagavam suas contas mediante pagamento junto aos bancos. No entanto, esta tarifa de pagamento bancário (ou "tarifa de boleto bancário") é proibida pelas agências reguladoras. Tanto o Banco Central do Brasil (doravante BACEN) quanto a Agência Nacional de Telecomunicações (doravante ANATEL) definiram que a aceitação de pagamentos é uma função bancária típica, que pode não estar sujeita à cobrança de qualquer tarifa. Afinal, como os bancos lucram com empréstimos de dinheiro e altas taxas de juros, as instituições financeiras já se beneficiam do acúmulo de recursos monetários resultantes desses pagamentos. Além disso, o pagamento em

si não é um serviço que agrega valor ao consumidor, já que ela se beneficia da radiodifusão, mas não do pagamento bancário. Portanto, de acordo com a legislação e leis brasileiras, a cobrança de tarifas de pagamento bancário (ou "tarifa de boleto bancário") é uma conduta ilegal e, conseqüentemente, proibida.

Por que então a C-TV cobraria essas tarifas ilegais? O estudo do caso revela que a C-TV possuía incentivos econômicos para fazer a cobrança ainda que fosse proibida pelo BACEN e pela ANATEL. Como os tribunais brasileiros raramente condenam as empresas a pagar indenizações por danos punitivos e a maioria das condenações não é efetivamente cumprida, a C-TV possuía fortes incentivos econômicos para violar a lei. Se a empresa cumprisse com o CDC e com a regulamentação federal, não haveria qualquer retorno para a C-TV ou para seus clientes. Em um cenário de sub-dissuasão, no qual uma empresa é condenada, mas não forçada a compensar ou pagar danos extra patrimoniais, a C-TV teria um pagamento de R\$ 10 por mês para cada consumidor que pagar suas contas. através do sistema bancário. Por outro lado, cada um desses consumidores perdeu R\$ 10 por mês e não recuperou o dinheiro. Supondo que houvesse uma aplicação perfeita do direito, tanto a empresa quanto os consumidores não teriam nenhum retorno financeiro, mas esse não é um cenário realista. Pelo contrário, as empresas quase nunca compensam totalmente os danos causados coletivamente a seus clientes nas ações coletivas brasileiras. Como discutido anteriormente, a aplicação ineficaz resulta em sub-dissuasão, dissuasão imperfeita e execução ineficaz, promovendo ciclos de ilicitude lucrativa.

A premissa tradicional na academia brasileira era de que não haveria diferença nos *payoffs* entre (i) conformidade com a lei e (ii) ilegalidade seguida de condenação e compensação patrimonial. De acordo com Teori Zavascki, os danos são limitados por serem essencialmente os recursos monetários necessários para compensar totalmente os erros cometidos. Assim, não se deveria admitir a imposição de danos extra-patrimoniais (como os "danos morais coletivos") para punir as empresas por violações dos direitos dos consumidores em massa. Seu argumento segue a ideia de que tais danos punitivos representariam custos excessivos que seriam internalizados pelas empresas e transferidos para seus acionistas ou consumidores. Em outras palavras, danos punitivos nunca deveriam ser admitidos no sistema legal brasileiro devido às conseqüências econômicas prejudiciais.³⁰

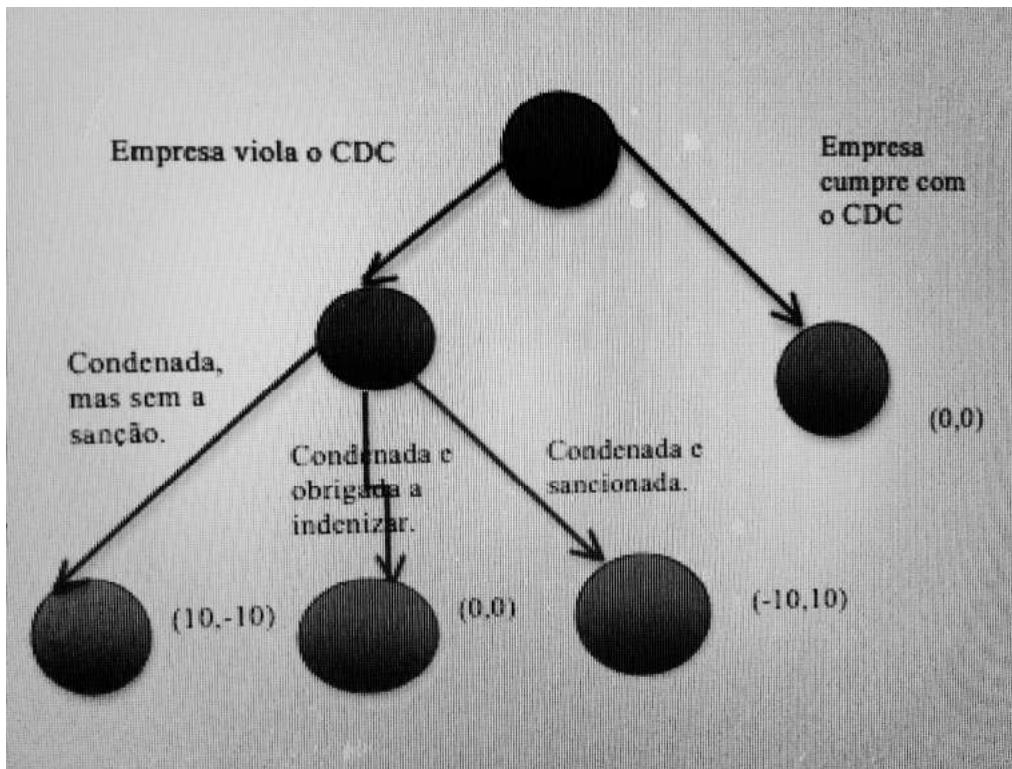
No entanto, a tese acadêmica referida acima - que denominarei "hipótese 1" - não se relaciona com a realidade. A análise empírica demonstra que muitos outros elementos analíticos devem ser incluídos neste contexto. A análise deve envolver a avaliação dos custos de transação, a circunstância repetitiva do jogo processual e o cenário de execução imperfeita. Não se deve ignorar, por exemplo, que a aplicação da lei por meio de ação coletiva implicaria necessariamente custos processuais que podemos estimar em R\$ 2,00 (20% do valor da causa, segundo a tradição brasileira). Por uma questão de experiência, quando uma empresa é condenada, muitas vezes há perda de reputação e uma redução de valor da empresa que podemos estimar em R\$ 1. Também devemos considerar os custos do litígio que afetam o retorno dos

³⁰ ZAVASCKI, Teori A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 4ª ed. 2009, p. 40-43.



consumidores. No sistema jurídico brasileiro, os consumidores não precisam cobrir as despesas com ações judiciais. Não obstante, o tempo corrói o valor de sua compensação monetária. As taxas de juros legais são de 12% ao ano, inferiores aos investimentos e taxas de empréstimo, que é uma perda monetária que poderíamos estimar como equivalente a R\$ 2,00.³¹

Figura 6 – Hipótese 1. Sem custos de transação e assumindo aplicação perfeita do direito, não faria diferença se uma empresa cumpre com a lei ou se ela viola a lei e é condenada e obrigada a indenizar os consumidores



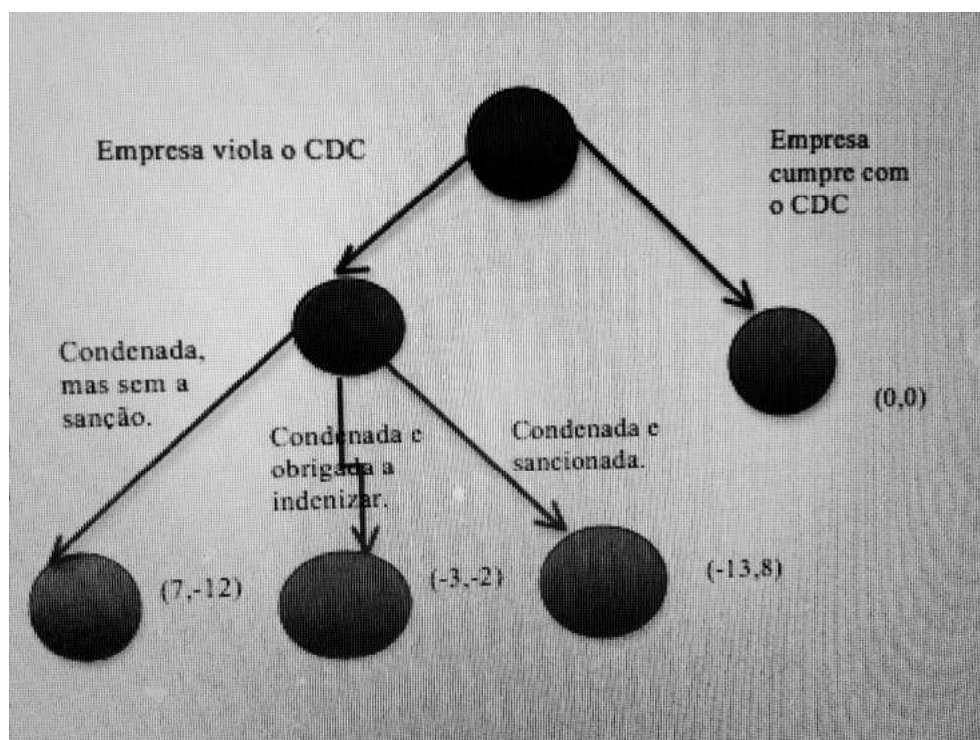
Fonte: elaborado pelo autor.

Este contexto sócio-jurídico mais sofisticado e relacionado com a realidade, irei denominar "hipótese 2". Podemos ver que o resultado ótimo - no qual as empresas e os consumidores não têm *payoffs* e a riqueza da sociedade não é minimizada - exige que as empresas cumpram o CDC. Além da avaliação dos custos de transação, devemos considerar também o cenário de execução imperfeita e a circunstância

³¹ De acordo com Baird, Gertner, e Picker, "we shall assume that a player values a payoff in a future period less than a payoff in the future period. We account for this by introducing a discount factor, the amount by which the value of a payoff in the next period must be adjusted to reflect its value in the present period. If we have a discount factor of δ , the present value of one dollar earned in the subsequent period is δ dollars". BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 2003, p. 168.

repetitiva do jogo processual.³² As empresas privadas são frequentemente jogadores repetidos ("*repeat players*", conforme a terminologia estadunidense) em ações coletivas consumeristas. Em particular, as empresas de telecomunicações estão sempre entre as principais empresas no topo da lista de reclamações dos consumidores.³³ A experiência como litigante revela às empresas um cenário de execução imperfeita, no qual os danos punitivos raramente eram impostos e em que, mesmo condenada, uma empresa não era forçada a indenizar individualmente todos os danos dos consumidores. Neste cenário, as empresas tinham incentivos econômicos claros para tornar violar a lei.

Figura 7 – Hipótese 2. Com custos de transação e aplicação imperfeita do direito, torna-se claro que o sistema jurídico cria incentivos econômicos para as empresas violarem a lei e produzem externalidades que são negativas para o bem-estar social.



Fonte: elaborado pelo autor.

No cenário A, a C-TV enfrentaria riscos mínimos de ser condenada a pagar indenizações por dano moral coletivo de caráter punitivo e riscos mínimos de ser forçada a pagar indenização compensatória aos consumidores lesados. A C-TV é susceptível de ser condenada, mas sem que seja obrigada ao cumprimento efetivo e à execução perfeita da sentença. Estimando as probabilidades a partir dos dados

³² *Ibid.*, p. 159-187.

³³ Veja, por exemplo, http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_ranking_2010.pdf.

coletados para esta pesquisa,³⁴ parece haver uma chance de 1% de pagar indenizações por dano moral coletivo de caráter punitivo; 3% de chance de pagar indenização compensatória aos consumidores lesados; e 96% de chance de não pagar nada, exceto custos processuais e eventual perda de reputação. Em um cenário tão realista, o retorno esperado para a C-TV é de R\$ 6,5.³⁵

Vamos agora considerar um cenário diferente B, no qual uma reforma jurídica melhore os remédios judiciais e uma quantidade significativa de sentenças esteja agora sob o efeito dessa reforma e atenda aos objetivos da efetiva aplicação e cumprimento da decisão judicial. No entanto, o foco da reforma legal é limitado à aplicação de indenizações compensatórias aos consumidores lesados, uma vez que a cultura jurídica ainda rejeita os danos punitivos. Assim, o legislador proíbe todas as formas de danos extra-patrimoniais em ações coletivas, independentemente da denominação dada ("danos morais coletivos", "danos punitivos" ou qualquer outro nome). Estimando as probabilidades, vamos supor que existe uma chance de 0% de pagar indenizações por danos punitivos; 50% de chance de pagar indenização compensatória individual; 50% de chance de não pagar nada, exceto custos processuais e perda de reputação. Em tal cenário, o retorno esperado para a C-TV é de R\$ 2.³⁶

Consideremos finalmente o cenário C, no qual a reforma jurídica não apenas melhora os remédios judiciais, mas também estabelece um regime de critérios equilibrados e claros para impor danos punitivos às empresas privadas. Assim, a legislatura tem como objetivo a dissuasão ótima e afirma-se que os danos punitivos devem ser impostos quando a dissuasão seria inadequada devido à possibilidade de que os transgressores coletivos escapassem à sua responsabilidade. Estimando as probabilidades, vamos supor que haja 20% de chance de pagar indenizações por danos punitivos; 40% de chance de pagar indenização por compensação individual; 40% de chance de não pagar nada, exceto custos processuais e perda de reputação. Nesse cenário, o retorno esperado para a C-TV é de R\$ -1.³⁷

Refletindo sobre esses três cenários diferentes, podemos entender por que as empresas brasileiras têm incentivos para continuar violar o direito do consumidor. No cenário A, a aplicação imperfeita fornece excelentes incentivos econômicos para a C-TV cobrar a tarifa ilegal. Mesmo com custos processuais e perda de reputação, dada a pequena probabilidade de enfrentar sanções econômicas, a recompensa esperada é de R\$ 6,5. O cenário A parece ser semelhante ao atual cenário brasileiro, dada a rejeição

³⁴ Sou grato a um revisor anônimo da JOxCSLS que não apenas elogiou este artigo, mas também sugeriu que, em vez de uma hipótese imaginada, eu deveria fundamentar meu cenário realista em dados empíricos coletados por meio de entrevistas e análises de casos. Segui seu conselho, mas - de maneira conservadora - presumi que três casos pendentes levariam a condenações definitivas de empresas a pagar indenizações punitivas. No entanto, a probabilidade de uma condenação na amostra analisada foi quase nula e a quantidade de recompensas monetárias nas poucas condenações foi muito baixa. A estimativa de 3% para indenização compensatória também veio da análise de casos pendentes em que as empresas pudessem ter que reconhecer um crédito para os consumidores em uma relação contratual de longo prazo.

³⁵ $(0.01) \times (-13) + (0.03) \times (-3) + (0.96) \times (7) = -0.13 - 0.09 + 6.72 = 6.5.$

³⁶ $(0.0) \times (-13) + (0.5) \times (-3) + (0.5) \times (7) = -1.5 + 3.5 = 2$

³⁷ $(0.2) \times (-13) + (0.4) \times (-3) + (0.4) \times (7) = -2.6 - 1.2 + 2.8 = -1$



aos danos punitivos pelos tribunais e a aplicação muito baixa. Em um cenário B hipotético, a falta de danos punitivos ainda cria um ambiente de sanções econômicas limitadas para a C-TV. Portanto, embora a reforma jurídica tenha melhorado a aplicação da decisão judicial e reduzido os incentivos econômicos para violar a lei, a recompensa esperada ainda é de R\$ 2. As empresas privadas ainda são incentivadas a violar o CDC. Em um cenário alternativo C, a reforma jurídica melhora os remédios existentes e estabelece um regime de indenizações por danos punitivos, oferecendo aos tribunais ferramentas eficazes para impor sanções econômicas como consequência das transgressões coletivas dos direitos dos consumidores. Nesse cenário, a recompensa esperada é de R\$ 1 e a empresa privada provavelmente não infringirá a lei.

Esse estudo de caso e a observação empírica das ações coletivas consumeristas fornecem fatores explicativos para o fenômeno da ilicitude lucrativa.

VI. CONCLUSÃO

Muitos acadêmicos criticam os critérios para aplicar indenizações de caráter punitivo nos Estados Unidos. Joni Hersch e W. Kip Viscusi, por exemplo, compararam as decisões tomadas pelos júris e pelos juízes, concluindo que as recompensas dadas pelo júri são altamente imprevisíveis e não relacionadas à indenização por danos compensatórios em contraste com as decisões judiciais.³⁸ Cass Sunstein também coordenou pesquisa empírica que apontou para a necessidade de uma reforma de danos punitivos para eliminar condenações erráticas e extremamente caras.³⁹

Por outro lado, alguns estudos chegaram a conclusões contrárias. Theodore Eisenberg, Jeffrey J. Rachlinsky e Martin T. Wells não identificaram um padrão imprevisível de recompensa por danos punitivos ou um padrão chocante de incoerência e injustiça.⁴⁰ Em pesquisa empírica anterior, Theodore Eisenberg, John Goerdt, Brian Ostrom, David Rottman e Martin T. Wells já haviam demonstrado a previsibilidade dos danos punitivos e a correlação entre as recompensas fixadas pelo júri e os danos compensatórios.⁴¹⁻⁴²

³⁸ HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. Punitive damages: how juries and judges perform. *The Journal of Legal Studies*, v. 33, n. 1, 2004, p. 01-36.

³⁹ SUNSTEIN, Cass R. *et al.* Punitive damages: how juries decide. Chicago: Chicago Press, 2002. Ver também SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). In: SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics* (Ed.). Cambridge University Press, 2000.

⁴⁰ EISENBERG, Theodore; RACHLINSKY, Jeffrey J.; WELLS, Martin T. Reconciling experimental incoherence with real-world coherence in punitive damages. *Stanford Law Review*, v. 54, n. 6, 2002, p. 1239-1271.

⁴¹ EISENBERG, Theodore *et al.* The predictability of punitive damages. *The Journal of Legal Studies*, v. 26, n. S2, 1997, p. 623-661.

⁴² Veja, ainda, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos com a imposição de limites constitucionais aos danos punitivos: *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. (1996); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003); *Exxon Shipping Co v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008). Veja, ainda, FISHER, Jeffrey L. The *Exxon Valdez* case and regularizing punishment. *Alaska Law Review*, v. 26, n. 1, p. 1-46, 2009.

A análise da cultura jurídica brasileira e a amostra de ações coletivas consumeristas no Rio de Janeiro também é relevante para refletir sobre o sistema judiciário americano. A falta de sanções econômicas gera incentivos para as empresas brasileiras infringirem a lei. Portanto, tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos, quanto o STJ não devem eliminar os danos punitivos ou os “danos morais coletivos” e nem devem impor limitações que impeçam os tribunais de sancionar empresas de forma efetiva.

O número extremamente limitado de condenações para pagamentos de indenizações por danos punitivos tinha impacto direto nos acordos estabelecidos entre promotores de justiça e empresas privadas. Quase todos os acordos no Rio de Janeiro até abril de 2011 não impuseram sanções econômicas às empresas privadas porque o julgamento desses processos coletivos provavelmente não resultaria em sanções econômicas. A correlação entre acordos e indenizações por danos punitivos também foi identificada em pesquisa empírica pelo Professor de Stanford Mitchell Polinsky em seu estudo sobre o sistema americano - a diferença sendo que nos Estados Unidos os danos punitivos induziram as empresas a fazer um acordo e a resolver o processo coletivo.⁴³

Como um juiz apontou, as empresas são mais propensas a quebrar a lei em mercados menos competitivos. As empresas de telecomunicações e instituições financeiras operam em mercados limitados e podem estabelecer barreiras para os clientes deixarem seus contratos. Cláusulas de fidelidade, custos de transação e outras restrições podem limitar a capacidade do consumidor de ter uma nova conta bancária em um banco diferente ou deixar uma companhia telefônica para seu concorrente. Por outro lado, as empresas são menos propensas a quebrar a lei em mercados mais competitivos.

Além disso, tanto o jurídico do banco quanto o jurídico da empresa de telecomunicações afirmaram eloquentemente que suas empresas não avaliam os possíveis riscos econômicos da violação de direitos do consumidor sob uma análise de custo-benefício antes de tomar decisões. Por outro lado, foi admitido que tal análise é feita depois que uma ação coletiva consumerista é ajuizada. Proponho uma interpretação contra-intuitiva de suas declarações. Ao contrário da ideia de senso comum, a inexistência de uma análise de custo-benefício não é evidência de que essas empresas respeitem os direitos dos consumidores e não violem a lei para obter lucros ilegais. A falta de análise de custo-benefício é uma evidência clara de que as empresas privadas brasileiras não esperam ser punidas devido a violações maciças dos direitos dos consumidores. A menos que os tribunais levem as sanções econômicas a sério e punam as empresas privadas por seus erros, as empresas brasileiras tornarão a violar o direito do consumidor.

Uma última observação se faz necessária no sentido de esclarecer que o cenário já se transformou desde 2011 até o presente. Em primeiro lugar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores se consolidou quanto ao reconhecimento da existência dos danos

⁴³ POLINSKY, A. Mitchell. Are punitive damages really insignificant, predictable and rational? A comment on Eisenberg *et al.* *The Journal of Legal Studies*, v. 26, 1997, p. 663-677.



morais coletivos de caráter punitivo no Brasil,⁴⁴ sendo admitido dentre nós o seu caráter de pena civil⁴⁵ e tendo ocorrido condenações por dano moral coletivo ao longo da última década. Em segundo lugar, ocorreu desde 2011 uma mudança no cenário descrito com a celebração de vários acordos entre os atores coletivos e as empresas com cláusulas de pagamento de compensação financeira (por dano moral coletivo) e várias execuções coletivas a título de recuperação fluída (*'fluid recovery'*) da lesão cometida contra os consumidores individuais que não se habilitaram para receber sua indenização.⁴⁶ Apesar de o presente texto ainda não ter sido publicado em português até o presente momento, algumas de suas ideias já circularam, tendo sido utilizadas na academia e na experiência forense.⁴⁷ Contudo, o fenômeno da ilicitude lucrativa persiste como problema complexo e desafio da tutela coletiva de direitos. A publicação da presente pesquisa pretende estimular o aprofundamento do tema entre nós, bem como uma reflexão sobre a necessidade de adoção de medidas práticas para a imposição efetiva e eficiente de sanções econômicas a empresas e executivos de maneira a se prevenir o enriquecimento injustificado resultante das transgressões coletivas sem a imposição da devida pena civil aos transgressores.

⁴⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. O percurso do "dano moral coletivo" na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In*: ROSENVALD, Nelson; NETO, Felipe Teixeira (org.). **Dano Moral Coletivo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 73-95.

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. *In*: ROSENVALD, Nelson; NETO, Felipe Teixeira (org.). **Dano Moral Coletivo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 97-127.

⁴⁶ Agradeço a Júlio Machado pelo *feedback* de que a análise empírica desse texto era um retrato de duas décadas e de que teriam ocorrido mudanças significativas desde a condução das entrevistas originais em 2011, como bem ressaltado nesse parágrafo que incorporou seus comentários ao artigo.

⁴⁷ Mesmo antes de sua publicação, a pesquisa teve circulação em meios acadêmicos e profissionais, tendo seus dados sido utilizados no âmbito do MPRJ como fundamento para a decisão de criação da 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor da Capital. Além disso, o conceito de ilicitude lucrativa foi adotado em petições, recursos e em outros documentos com o objetivo de transformação do cenário identificado em 2011. Finalmente, mesmo antes de sua publicação, a pesquisa e o conceito de ilicitude lucrativa foram citados em publicações, tais como, por exemplo, DA SILVA FILHO, Osny. Punitive (and) Pain-and-Suffering Damages in Brazil. **Law and Social Economics**. New York, Palgrave Macmillan, 2015, p. 183-207.

LIBERALISMO IGUALITÁRIO, DIREITO PRIVADO E VALORES BILATERAIS

LIBERAL EGALITARIANISM, PRIVATE LAW AND BILATERAL VALUES

LEANDRO MARTINS ZANITELLI¹

RESUMO: O artigo trata da relação entre justiça distributiva e o que Samuel Scheffler (2015) designa como “valores bilaterais” do direito privado. Em primeiro lugar, reconstrói-se o argumento de Scheffler sobre o liberalismo igualitário submeter o direito privado a um distributivismo forte – isto é, requer que o direito privado se conforme a princípios de justiça distributiva como o princípio da diferença. Em segundo lugar, o conceito de valor bilateral (como valor potencialmente conflitante com a justiça distributiva) é esmiuçado. Por último, o artigo parte de uma lista provisória de valores bilaterais do direito privado para avaliar a afirmação de que o distributivismo forte constitui uma ameaça a esses valores. Conclui-se que, ao menos em alguns casos, o conflito entre justiça distributiva e valores bilaterais é restrito a condições não ideais (isto é, condições de não conformidade à justiça).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado; Liberalismo Igualitário; Justiça Distributiva; Valores Bilaterais.

ABSTRACT: The paper addresses the relation between distributive justice and what Scheffler (2015) refers to as private law’s ‘bilateral values’. The first section reconstructs Scheffler’s argument about liberal egalitarianism’s strong distributive implications for private law. In the second section, the concept of bilateral value (as a potentially conflicting value with distributive justice) is rendered more precise. In the third and last section, the article draws on a provisory list of private law’s bilateral values in order to assess the claim according to which liberal egalitarianism’s strong distributivism represents a threat to those values. It is asserted that, at least in some

¹ Doutor em Direito pela UFRGS; Professor Adjunto na Faculdade de Direito da UFMG O autor agradece à FAPEMIG pelo financiamento do projeto de pesquisa do qual este artigo é resultado. Meus sinceros agradecimentos vão também para os editores da Revista Estudos Institucionais e a dois pareceristas anônimos pelos comentários e sugestões feitos à versão anterior do trabalho. E-mail: leandrozanitelli@gmail.com.



instances, the conflict between distributive justice and bilateral values is restricted to non-ideal conditions.

KEYWORDS: Private Law; Liberal Egalitarianism; Distributive Justice; Bilateral Values.

I. INTRODUÇÃO

Este artigo trata do problema do distributivismo no direito privado. Em um trabalho recente sobre as implicações do liberalismo igualitário para o direito privado, Samuel Scheffler (2015) diferencia dois pontos-de-vista sobre a aplicação ao direito privado de princípios de justiça distributiva (como o princípio da diferença de Rawls). Um desses pontos-de-vista, mais moderado (distributivismo fraco), é elogiado por Scheffler por não fazer demandas incompatíveis com certos valores próprios do direito privado (que Scheffler designa como “valores bilaterais”). Ele admite, porém, que o distributivismo fraco pode não ser defensável nem se diferenciar tanto, por suas implicações, de uma versão mais ambiciosa de distributivismo (distributivismo forte).

O texto a seguir se propõe a fazer as seguintes contribuições. A primeira seção reconstrói o argumento de Scheffler acerca das implicações distributivas do liberalismo igualitário para o direito privado. Além de reproduzir as razões pelas quais o distributivismo fraco deve, de fato, ser posto de lado, a seção procura apresentar de maneira mais precisa as consequências do distributivismo forte. A segunda seção se volta ao conceito de valores bilaterais e encerra com uma lista provisória desses valores. A terceira seção, a mais importante, parte da lista de valores bilaterais introduzida na seção anterior para testar a afirmação de que a justiça distributiva (em particular, o distributivismo forte) é uma ameaça a esses valores. A conclusão é que, ao menos para alguns valores bilaterais, a relação com a justiça distributiva é mais uma relação de dependência do que de oposição. Valores bilaterais são dependentes da justiça distributiva no sentido de que a sua realização institucional em condições ideais só é defensável nos termos de instituições que se conformam elas mesmas à demanda distributiva característica do liberalismo igualitário.

II. LIBERALISMO IGUALITÁRIO, DISTRIBUTIVISMO E DIREITO PRIVADO

Em um artigo sobre a situação do direito privado em concepções liberais igualitárias de justiça, Scheffler (2015) alerta para a incompatibilidade entre as implicações distributivas dessas concepções e os valores bilaterais do direito privado. Nesta primeira seção, o objetivo é reproduzir e detalhar o argumento de Scheffler sobre a tensão entre o distributivismo liberal igualitário e o direito privado.²

² Apesar de conter a expressão *private law* em seu título, o artigo de Scheffler frequentemente se refere ao direito contratual. Presume-se acima que as afirmações de Scheffler sobre o direito contratual no

Referindo-se, em particular, à concepção de justiça de John Rawls, Scheffler afirma que dela se podem retirar diferentes injunções distributivas para o direito privado.³ Scheffler diferencia, a esse respeito, de acordo com a força dessas injunções, um distributivismo fraco e um forte (veremos logo a seguir, no entanto, que, com base nas considerações de Scheffler, é possível distinguir quatro, e não apenas duas, espécies de distributivismo).

Em primeiro lugar, o distributivismo fraco leva em consideração o princípio da diferença⁴ em combinação com outros dois princípios da concepção rawlsiana de justiça, os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades.⁵ Como, ademais, esses princípios gozam de prioridade léxica sobre o princípio da diferença, uma implicação do distributivismo fraco é que o direito privado só deve atender ao princípio da diferença caso, ao fazê-lo, não atente contra algum dos outros dois princípios. Em segundo lugar, o distributivismo fraco também modera a demanda distributiva do liberalismo igualitário ao requerer que o direito privado seja desenhado tão-somente de maneira não piore a situação dos cidadãos menos favorecidos (ao invés de requerer que a situação desses cidadãos seja maximizada) (Scheffler 2015, p. 222). Em contrapartida, o distributivismo forte se caracteriza por desconsiderar os limites à aplicação do princípio da diferença decorrentes dos outros dois princípios, bem como por demandar que o direito privado seja conformado de molde a beneficiar na maior medida possível (ao invés de apenas não piorar) a situação dos cidadãos em desvantagem.⁶

geral se apliquem às demais partes do direito privado, em particular os direitos da propriedade, empresa e responsabilidade civil.

³ Ao fazê-lo, Scheffler (2015, p.217-222) rejeita a tese de que o direito privado não pertença à estrutura básica da sociedade – o conjunto de instituições às quais se aplicam os princípios da justiça rawlsiana.

⁴ O princípio da diferença requer que desigualdades na distribuição do que Rawls (2001, p. 42-43) designa como “bens primários” beneficiem na maior medida possível os cidadãos em desvantagem.

⁵ Sobre o princípio das liberdades básicas, ver Rawls (2001, p. 42): “[e]ach person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all”. O princípio da equitativa igualdade de oportunidades requer iguais oportunidades para ocupar cargos e posições em um sentido mais do que meramente formal: “those who have the same level of talent and ability and the same willingness to use these gifts should have the same prospects of success regardless of their social class of origin” (RAWLS, 2001, p. 44). Na nomenclatura rawlsiana, o princípio das liberdades básicas é o primeiro princípio da justiça, enquanto os princípios da equitativa igualdade de oportunidades e da diferença constituem as duas partes do segundo princípio.

⁶ Se considerarmos que o princípio da diferença se aplica a um conjunto de instituições que inclui o direito privado, mas não se limita a ele, é forçoso concluir que, mesmo na versão forte de distributivismo, o princípio da diferença pode ser compatível com um direito privado menos vantajoso para os cidadãos em pior situação do que outro possível. Esse direito privado subótimo (no que concerne à situação dos cidadãos menos favorecidos) se conformaria ao princípio da diferença por fazer parte do arranjo institucional geral mais benéfico aos cidadãos em pior situação. A intuição aqui é que as instituições não exercem seus efeitos independentemente umas das outras, de modo que um direito privado que seja em si mesmo otimamente benéfico para os cidadãos em desvantagem pode interferir negativamente no impacto de outras instituições sobre esses mesmos cidadãos, dando lugar a um arranjo institucional (no seu todo e no que se refere aos cidadãos em pior situação) subótimo. Ao tratar do distributivismo forte, Scheffler não comete o erro de aplicar o princípio da diferença ao direito privado isoladamente, de modo que as considerações acima sobre esse distributivismo devem ser lidas à luz da ressalva feita aqui.

As duas diferenças entre os distributivismos forte e fraco são completamente independentes uma da outra, o que permitiria distinguir quatro ao invés de apenas duas espécies de distributivismo: um distributivismo forte/forte,⁷ com as duas características acima mencionadas (insubordinação aos demais princípios *mais* maximização da vantagem dos cidadãos em pior situação; um distributivismo fraco/fraco (subordinação aos demais princípios *mais* um princípio de não piora ao invés de um princípio de maximização); e dois distributivismos intermediários com uma, mas não outra, dessas características.

Entre parênteses, porém, note-se que é duvidoso que o distributivismo seja de alguma maneira atenuado pela falta da primeira característica. Afinal, os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades também são, a exemplo do princípio da diferença, princípios de justiça distributiva, distinguindo-se desse último apenas pelos bens de cuja distribuição tratam e por requererem, em geral (e, mais notadamente, o princípio das liberdades básicas), uma igual distribuição (ao invés de uma que maximize a vantagem dos cidadãos menos afortunados). De qualquer maneira, Scheffler (2015, p. 224-225) reconhece que a diferença entre distributivismo forte e fraco é, no tocante à aplicação dos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades, negligenciável, já que as implicações desses princípios para o direito privado seriam, ao seu ver, modestas.

O segundo critério de distinção, em contraste, é prenhe de consequências. Se o que o princípio da diferença impõe é tão-somente que não haja piora na situação dos cidadãos em desvantagem, então boa parte do conteúdo do direito privado fica por ser determinada com base em outras considerações. A versão forte de distributivismo, em contrapartida, só impediria que o direito privado fosse inteiramente governado pelo princípio da diferença caso diferentes conformações desse direito se mostrassem comparáveis no que toca a promover os interesses dos cidadãos em pior situação.

Depois de menosprezar a importância da primeira diferença entre os distributivismos fraco e forte, Scheffler afirma que, no que respeita à segunda diferença, o distributivismo forte é superior ao fraco. O problema com o distributivismo fraco nesse quesito, diz ele, é definir a situação de referência a partir da qual teríamos de verificar se um certo desenho do direito privado piora a situação dos cidadãos em desvantagem. Se essa situação de referência for aquela na qual o lote de bens primários desses cidadãos é maximizado, as demandas dos distributivismos fraco e forte coincidirão. Poderíamos evitar esse resultado usando uma base de avaliação distinta, mas é duvidoso que o uso de uma certa situação de referência ao invés de outra possa ser justificado (SCHEFFLER, 2015, p. 225).

A conclusão de Scheffler é que liberais igualitários como Rawls parecem fadados a endossar o distributivismo forte ou algo muito parecido com ele. Isso, porém, é um problema, pelas razões que Scheffler expõe na passagem a seguir:

⁷ Ou até mais – em um total de nove – se quisermos tratar independentemente as questões da subordinação ao princípio das liberdades básicas e ao princípio da equitativa igualdade de oportunidades.

Primeiro, quando as pessoas entram em arranjos contratuais, elas se envolvem em uma atividade que se sobrepõe e se mantém em uma relação complexa (e contestada) com outras formas de compromisso e acordo, como promessas, que implicam valores e normas importantes. Insistir, em um forte espírito distributivista, de que o conteúdo do direito contratual fosse totalmente determinado pelo princípio da diferença, ou por qualquer princípio similar, poderia colocar em risco esses valores e normas. Pode arriscar deslocá-los em favor do requisito abrangente de que os acordos contratuais devem servir aos fins distributivos. Em segundo lugar, muitos dos valores que se aplicam a interações específicas entre indivíduos têm um caráter distintamente relacional. Eles se concentram no nexos que liga os indivíduos em questão. Tais valores são verificáveis quando, por exemplo, falamos do que uma pessoa deve a outra, ou de como uma pessoa pode ter prejudicado outra, ou de como esse prejudicado pode ter uma queixa contra a primeira. Grande parte do direito privado como tradicionalmente concebido tem um caráter similarmente relacional ou "bipolar" [nota de rodapé omitida]. Mas o princípio da diferença não. Preocupa-se com a distribuição geral de bens primários, e não com as relações bilaterais entre particulares. Assim, qualquer exigência distributivista forte de que o conteúdo do direito contratual deva ser inteiramente determinado pelo princípio da diferença poderia ameaçar esses valores bilaterais, da mesma maneira que a abordagem amplamente utilitária associada ao direito e à economia tem sido, às vezes, acusada de fazer (SCHEFFLER, 2015, p223-224, tradução livre).⁸

O argumento de Scheffler parece ter, pois, a seguinte estrutura:

⁸ First, when people enter into contractual arrangements, they engage in an activity that overlaps with and stands in a complex (and contested) relation to other forms of commitment and agreement-making, such as promising, which themselves implicate important values and norms. To insist, in a strong distributivist spirit, that the content of contract law was fully determined by the difference principle, or by any similar principle, might place these values and norms in jeopardy. It might risk displacing them in favour of the one overarching requirement that contractual agreements must serve distributive ends. Second, many of the values that apply to specific interactions between individuals have a distinctively relational character. They focus on the nexus linking the individuals in question. Such values are implicated when, for example, we speak of what one person owes to another, or of the first person as having wronged the second, or of the second as having a complaint against the first. Much of the private law as traditionally conceived has a similarly relational or 'bipolar' character [nota de rodapé omitida]. But the difference principle does not. It is concerned with the overall distribution of primary goods, rather than with bilateral relations between particular individuals. So any strong distributivist requirement that the content of contract law should be entirely determined by the difference principle might threaten these bilateral values, in much the same way that the broadly utilitarian approach associated with law and economics has sometimes been accused of doing

1. Uma vez aplicado ao direito privado sem as restrições do distributivismo fraco, o princípio da diferença (ou qualquer outro princípio similar) determina completamente o conteúdo desse direito.
2. O direito privado é, porém, um direito de estrutura bilateral (ou bipolar), cujos valores são, também, bilaterais.
3. O princípio da diferença (ou qualquer outro princípio similar) versa sobre a distribuição geral de bens primários.
4. Princípios que versam sobre a distribuição geral de bens primários não são princípios (ou valores) bilaterais.
5. A aplicação irrestrita (conforme ao distributivismo forte) do princípio da diferença faz com que o conteúdo do direito privado seja completamente determinado por um princípio diferente dos princípios (ou valores) bilaterais que são próprios a esse direito.

A premissa crucial para este artigo é 2, mas é importante, antes de prosseguir, tratar um pouco mais detidamente da premissa 1. Afinal, o que se quer dizer com a afirmação de que um princípio determina completamente o conteúdo de uma área do direito? Duas interpretações podem ser aventadas. De acordo com a primeira, um princípio determina completamente o conteúdo de uma área do direito se, em todos os seus pormenores, esse conteúdo é determinado pelo princípio em questão. Afirmar que o direito privado é completamente determinado pelo princípio da diferença, por exemplo, seria, portanto, o mesmo que afirmar que toda dúvida atinente ao conteúdo do direito privado é resolvida com base no princípio da diferença. Uma segunda interpretação, em contrapartida, não requer que toda questão de conteúdo seja respondida em conformidade com um certo princípio. Para essa interpretação, um princípio determina completamente o conteúdo de uma área do direito caso essa área esteja, em sua totalidade, sujeita aos limites do princípio em questão. Isso não quer dizer que, entre os conteúdos x e $-x$, o mesmo princípio tenha algo a dizer. Se ambos os conteúdos forem compatíveis com os limites que impõe, então a dúvida sobre o conteúdo – se x ou $-x$ – não será resolvida por esse princípio.

A primeira interpretação, claro, é absurda. Nenhum princípio – ou nenhum princípio, ao menos, dentre os que costumam povoar tratados sobre justiça – é determinado o suficiente para que consigamos responder com ele a todas as questões de desenho institucional – mesmo que limitadas às instituições de uma certa área do direito. O princípio da diferença, para ficar com o exemplo que Scheffler tem em vista, é indeterminado sobre quem devam ser considerados como cidadãos em pior situação e sobre *trade-offs* entre os diferentes bens primários de cuja distribuição esse princípio trata e cujo lote – para os cidadãos em pior situação – deve ser maximizado. Mesmo, portanto, que dispuséssemos de informação ilimitada, é provável que o princípio da diferença não nos desse resposta sobre questões de detalhe do direito contratual – por

exemplo, sobre a regra (da expedição ou recepção) a aplicar quanto à formação dos contratos.

A segunda interpretação não sofre do mal da primeira, mas pode diminuir consideravelmente a gravidade do problema constatado por Scheffler. Se princípios de justiça distributiva como o princípio da diferença apenas impõem limites ao conteúdo do direito privado, sem, contudo, responder a toda e qualquer dúvida atinente a esse conteúdo,⁹ então haverá partes do direito privado cujo fundamento não será distributivo e poderá, portanto, fazer jus aos valores bilaterais a que Scheffler se refere. O espaço concedido a esses valores pelo distributivismo forte dependerá, é claro, do quão determinado o princípio de justiça distributiva se mostrar.¹⁰

Por certo que, nesse último caso, o distributivismo forte não deixa de ser uma ameaça aos valores bilaterais do direito privado, porque a aplicação desses valores fica, de qualquer maneira, condicionada à observância dos limites definidos pela justiça distributiva. Mas isso é menos do que afirmar a total irrelevância desses valores ou que eles não sejam, em relação a certas questões, a última *ratio*.

III. VALORES BILATERAIS: UMA INTRODUÇÃO

Esta seção se propõe a esmiuçar o conceito de valores bilaterais, bem como a apresentar uma lista provisória desses valores. Scheffler se refere aos valores bilaterais como valores próprios à estrutura, bilateral (ou bipolar), do direito privado. Mas o que isso quer dizer?

A ideia de que o direito privado possua uma estrutura bilateral que o diferencia do direito público pode soar estranha a tradições jurídicas, como a brasileira, às quais é familiar o conceito de relação jurídica. Para quem esteja acostumado a pensar em direitos como parte de uma relação jurídica – mesmo quando se trata de direitos *erga omnes* – é difícil perceber como a bilateralidade, ou relacionalidade, pode ser peculiar ao direito privado. Afinal, se o contrato faz surgir uma relação jurídica entre os contratantes, o mesmo se diz sobre o fato gerador em relação ao fisco e ao contribuinte.

A diferença entre a relação contratual e a relação fiscal se manifesta no seguinte. Enquanto se pode dizer que o fato gerador constitui uma relação entre o estado e um determinado contribuinte, os valores ou princípios que regulam essa relação não se limitam, em geral, a ela, no sentido de que são valores ou princípios sensíveis à situação ou à atividade de terceiros. Se Maria auferir uma renda *r* e essa renda é tributada em 40%, isso não é justificado apenas pelo fato de Maria ter auferido *r*. Uma

⁹ Pode ser estranho dizer que um princípio determina completamente o conteúdo de uma área do direito se há questões sobre esse conteúdo que o princípio em questão é incapaz de responder, mas, tendo em vista o absurdo da primeira interpretação, a segunda interpretação, à falta de uma terceira, parece se impor.

¹⁰ Repare que, à luz da segunda interpretação, a diferença entre os distributivismos forte e fraco é meramente de grau. Ao substituir o imperativo de maximização da vantagem dos cidadãos menos favorecidos por um imperativo de não piora, o que o distributivismo fraco faz é afrouxar os limites distributivos a que o direito privado deve se sujeitar.

justificação completa para a tributação da renda de Maria envolve, entre outras coisas, uma comparação entre a renda de Maria e a de outras pessoas.

Em contrapartida, no direito privado – ou, ao menos, em algumas áreas dele, como as dos contratos e da responsabilidade civil – certos valores parecem ser consideravelmente independentes de tudo o que não respeite às partes da relação jurídica – mais precisamente, à sua particular interação. Se A causou dano a B, a relação jurídica entre ambos (A deve indenizar B) pode-se dizer regulada (possivelmente entre outros) pelo valor da responsabilidade, e esse é um valor sensível tão-somente ao que A fez a B. A bilateralidade do direito privado se traduz, pois, nesse e em outros casos, pela incidência de valores atinentes à relação entre as partes e independentes de tudo o que não diga respeito a essa relação.

A diferenciação que se acaba de fazer entre os direitos privado e público não deve ser exagerada. É bem possível que, em certas áreas do que costumamos chamar de direito público, haja relações governadas por valores tão bilaterais ou relacionais como o valor da responsabilidade (a relação de desapropriação pode ser um exemplo). O importante aqui é menos traçar uma linha divisória clara entre os direitos público e privado e mais esclarecer por que certos valores do direito privado são relacionais em um sentido que, à primeira vista, pode não se dar a perceber, principalmente para os que estão habituados ao conceito de relação jurídica.

Se os valores bilaterais são, portanto, valores próprios à interação das partes e independentes do que não diz respeito a essa interação, quais são esses valores? Segue abaixo uma lista que se deve considerar provisória, porque não há aqui qualquer intenção de justificar esses valores a seguir mencionados. A ideia é termos uma lista de valores bilaterais do direito privado que seja ao menos plausível e que permita voltar, na seção seguinte, ao problema do distributivismo.

Valores bilaterais:

- a) propriedade, ou o valor de que um direito de propriedade de B não seja violado por A;
- b) promessa, ou o valor de que A cumpra a promessa que fez a B;
- c) não coerção, ou o valor de que B não seja coagido por A a fazer *x*;
- d) responsabilidade, ou o valor de que A responda pelo dano que, sob certas condições (por exemplo, culposamente), causou a B;
- e) cuidado, ou o valor de que A cuide de B sob certas circunstâncias ou tendo em vista a especial relação (por exemplo, familiar) entre A e B.

IV. DIREITO PRIVADO, DISTRIBUTIVISMO E VALORES BILATERAIS

Conforme vimos na primeira seção, o que Scheffler (2015) chama de distributivismo forte deixaria o liberalismo igualitário em tensão com os valores bilaterais próprios ao direito privado, porque sujeitaria a realização desses valores a certos limites. Uma vez esclarecido em que consistem os valores bilaterais, podemos, a partir da lista provisória apresentada ao final da seção anterior, tratar mais detalhadamente da sua relação com princípios de justiça distributiva.

1. propriedade

Um problema aqui é que o liberalismo igualitário se caracteriza – em contraposição ao libertarismo de direita de autores como Nozick (1974) – por negar direitos de propriedade não distributivos (KORDANA; TABACHNICK, 2006). No liberalismo igualitário, direitos de propriedade são (exceção feita ao que pertença ao âmbito das liberdades básicas¹¹) condicionados a uma “demanda igualitária”, isto é, à demanda de que os cidadãos, além de livres, possuam os meios para realizar seus projetos de vida,¹² o que, no caso da concepção de justiça defendida por Rawls, traduz-se pelas duas partes do segundo princípio de justiça, os princípios da equitativa igualdade de oportunidade e da diferença. Do ponto-de-vista da justiça liberal igualitária, a propriedade só é justificada à medida que se conforme à demanda igualitária.

Pode-se alegar que o fato de a propriedade ser distributivamente condicionada não impede que se trate o valor bilateral da propriedade como um valor independente da justiça distributiva, e por duas razões. Primeiro, e tal como ponderado anteriormente (seção 1), porque não é de esperar que a demanda igualitária conforme completamente a propriedade, no sentido de que não haja direitos contraditórios de propriedade, como os direitos a x e $-x$, que obedeçam, ambos, aos limites dessa demanda, de tal maneira que a escolha entre x e $-x$ tenha de ser feita em termos não distributivos. Segundo, porque, nas circunstâncias não ideais de não observância total aos princípios da justiça liberal igualitária, há direitos jurídicos de propriedade que não atendem à demanda igualitária, mas é plausível que haja um valor no respeito a esses direitos.

Os dois argumentos recém expostos são bem sucedidos em demonstrar que o valor da propriedade deve ser tratado como independente (mesmo por liberais igualitários) da justiça distributiva, mas a vitória é de Pirro, porque, nos dois casos, o valor da propriedade, embora independente da justiça, não é independente do regime jurídico da propriedade. Quando se trata, pois, de reformas desse regime, o valor da propriedade não é contrariado, nem, tampouco, pode se constituir como objeção a propostas de mudança baseadas em considerações de justiça distributiva.¹³

2. promessa

Ao menos sob certas condições, o valor da promessa também é, a exemplo da propriedade, parasitário da justiça distributiva. A partir do famoso exemplo Wilt

¹¹ As liberdades básicas não costumam incluir, no entanto, direitos de propriedade robustos sobre o mundo (em contraposição à propriedade de si mesmo). Ver Rawls (1999, p. 54).

¹² A definição acima tenta ser, tanto quanto possível, agnóstica em relação às diferentes maneiras como a demanda igualitária é mais precisamente definida por liberais igualitários, os quais costumam divergir tanto quanto à base das comparações entre os cidadãos ou “métrica da vantagem” (isto é, se os cidadãos devem ser comparados com base nos recursos de que dispõem, em suas capacidades, oportunidades para o bem-estar, etc.) e quanto à forma do princípio a aplicar (princípio de igualdade em sentido estrito, princípio de prioridade para os cidadãos em desvantagem ou princípio de suficiência).

¹³ Uma questão independente é a de saber o quanto alterações do regime da propriedade, mesmo que conformes à justiça distributiva, devem ser evitadas ou, ao menos, protraídas em nome das expectativas fomentadas por um sistema jurídico injusto.

Chamberlain de Nozick (1974, p. 160-161), estipulemos que a situação de distribuição inicial, D1, caracteriza-se por direitos de propriedade limitados de maneira a impedir que o clube de basquete entregue a Chamberlain vinte e cinco centavos do preço que cada fã paga para assistir ao jogo.¹⁴ Considere, então, as seguintes premissas:

1. Segundo o regime de propriedade vigente, o clube não pode nem poderá dar a Chamberlain vinte e cinco centavos do preço de cada ingresso.
2. Chamberlain sabe que, segundo o regime de propriedade vigente, o clube não pode nem poderá lhe dar vinte e cinco centavos do preço de cada ingresso.
3. O clube promete a Chamberlain, não obstante, vinte e cinco centavos do preço de cada ingresso.

Suponhamos que a restrição a direitos de propriedade recém aludida atenda a um imperativo de justiça distributiva. Segue-se que, para haver um conflito entre a justiça distributiva e o valor da promessa nas circunstâncias descritas, seria preciso que o valor da promessa subsistisse não obstante o fato de o promitente (no exemplo, o clube) ter prometido algo que não tem (e nem poderá ter) direito a fazer e de o promissário (no exemplo, Chamberlain) saber disso.¹⁵

A situação se complica na hipótese em que o promissário não saiba, nem devesse saber, que a promessa excede os limites do que ao promitente é lícito fazer. Em tal hipótese, essa promessa seria de molde a inspirar justificadamente a confiança do promissário, o que dá plausibilidade à tese de que a observância aos limites da justiça distributiva se faria ao custo do valor da promessa. Casos de ignorância escusável devem ser pouco comuns, no entanto, em circunstâncias ideais, nas quais o imperativo de certeza jurídica (um dos corolários do estado-de-direito) seja atendido.

Ressalva feita à hipótese do último parágrafo, o valor da promessa subsiste como valor independente da justiça distributiva sob as mesmas condições aludidas anteriormente com respeito à propriedade: a) no espaço de indeterminação deixado pelas várias maneiras de conformar o regime da propriedade sem afronta à justiça distributiva; b) nas circunstâncias não ideais de desatendimento à demanda distributiva, em que o regime jurídico da propriedade inclua, portanto, direitos de propriedade injustos (caso no qual a relação entre a justiça distributiva e o valor da promessa pode ser de genuíno conflito).

¹⁴ O regime da propriedade pode ser desenhado de modo a não admitir que Chamberlain e o clube contratem com a cláusula descrita por Nozick (a cláusula que dá ao jogador direito a vinte e cinco centavos do preço de cada entrada) ou a fazer com que essa cláusula perca efeito a partir de um certo ponto, evitando, assim, que Chamberlain enriqueça em demasia.

¹⁵ Para um exemplo extremo, considere o caso em que A promete a B que matará C, algo que (como B sabe) A não tem direito a fazer. Haveria algo a lamentar no fato de essa promessa não ser cumprida?

3. não coerção

A exemplo do caso anterior, é difícil conceber – em circunstâncias ideais, ao menos – o valor da não coerção como valor em conflito com a justiça distributiva. Considere-se mais uma vez uma situação de distribuição ideal D1 na qual a demanda igualitária esteja atendida. Nessa situação, uma das liberdades de A é a liberdade para x – recusar-se a contratar com B por um preço menor do que p . Suponhamos, ainda, que a liberdade para x seja um imperativo da justiça distributiva, isto é, que uma situação de distribuição na qual A não fosse livre para x seria não ideal, distributivamente falando. Soa implausível dizer então que, ao exercer x (e recusar-se, portanto, a contratar com B por um preço menor do que p), A coage B.¹⁶ Seguem-se a respeito do valor da não coerção, portanto, as mesmas conclusões tiradas acima acerca da propriedade e da promessa.¹⁷

4. responsabilidade

Uma hipótese não cogitada nos itens acima é a de um conflito radical entre a justiça distributiva e os valores da propriedade, da promessa e da não coerção. Esse conflito teria lugar caso a demanda igualitária, ao invés de meramente condicionar esses valores, impusesse um modo de organização social incompatível com eles, isto é, determinasse a abolição da propriedade, do direito contratual e de outras instituições por meio das quais os valores da promessa e da não coerção possam se realizar.

Se a hipótese de um conflito radical envolvendo a justiça distributiva e os valores bilaterais acima é pouco plausível, o mesmo não se pode afirmar quanto ao valor da responsabilidade (entendido, tal como estipulado acima, como o valor de que A responda pelo dano que, sob certas condições causou a B). Há, de fato, razões tanto estritamente distributivas quanto de eficiência (às quais, aliás, a demanda igualitária não tem de ser insensível) para que o direito da responsabilidade civil seja substituído por instituições (como a regulação e o seguro) estranhas ao valor da responsabilidade.¹⁸

Não é o caso de entrar aqui no mérito das propostas de abolição da responsabilidade civil, nem, tampouco, de dar conta da intrincada literatura sobre o valor da responsabilidade.¹⁹ Basta, para as pretensões do artigo, reconhecer que a plausibilidade do argumento igualitário em favor do fim da responsabilidade enseja

¹⁶ Pensemos na plausível hipótese de que faça parte da demanda igualitária a liberdade de organização sindical. A tese do conflito dependeria, então, de afirmarmos que o exercício da liberdade de organização sindical (e as condições de trabalho que dele decorrem) ocorre em sacrifício ao valor da não coerção (a coerção de que é vítima, no caso, o capitalista).

¹⁷ A análise se mantém basicamente inalterada caso queiramos substituir ou acrescentar ao valor da não coerção o da não exploração.

¹⁸ Para críticas à responsabilidade civil e propostas no sentido mencionado acima, ver Sugarman (1985); Alexander (1987).

¹⁹ Para uma sofisticada tentativa de defender o valor da responsabilidade, ver Perry (2001). Para exemplos de ceticismo, ver Alexander (1987); Hurd (1996).

tratar o conflito entre justiça distributiva e o valor da responsabilidade como genuíno e não limitado às circunstâncias não ideais de inobservância da demanda igualitária.

5. cuidado

A oposição entre justiça distributiva e o valor do cuidado pode ter a seguinte forma: A tem uma obrigação de cuidado para com B para cujo cumprimento é necessário que A faça x ; a justiça distributiva, no entanto, requer que A se abstenha de x ou que as instituições obriguem A a abster-se de x (caso preferamos tratar os comandos da justiça distributiva como comandos endereçados às instituições).²⁰

Esse conflito subsiste ainda que a obrigação de cuidado de A para com B seja uma mera obrigação moral e não um dever de justiça (isto é, que não se trate de uma obrigação cuja violação torne legítimo, sob certas condições, o uso da força contra A). Se os requerimentos da justiça distributiva (ou de instituições conformes à justiça distributiva) constituem um obstáculo ao cumprimento de uma obrigação moral, o problema não desaparece pelo simples fato de essa obrigação não ser daquelas cuja violação autoriza o uso da força.

Uma razão para pensar que o conflito entre justiça distributiva e obrigações de cuidado é menos sério do que pode parecer vem da suposição de que parte das nossas obrigações de cuidado subsiste apenas em condições não ideais de inobservância à justiça distributiva. Certas obrigações de cuidado dos pais para com os filhos, por exemplo, como a obrigação (de pais ricos) de prover educação paga, são, muito plausivelmente, obrigações limitadas a circunstâncias não ideais de violação ao princípio da equitativa igualdade de oportunidades. Sobre isso, no entanto, é preciso considerar duas coisas. Primeiro, que uma obrigação de cuidado somente exista em condições não ideais não impede que haja um conflito entre essa obrigação e deveres de justiça também existentes sob essas condições (os quais podem incluir o dever de agir individualmente para mitigar o impacto de instituições injustas). Segundo, nada autoriza supor que todas as nossas obrigações de cuidado desapareceriam sob condições ideais, de modo que a plena realização das demandas da justiça manteria vivo o risco de um conflito entre a justiça distributiva e o valor do cuidado.

Há, por fim, uma outra ressalva (além das ressalvas de praxe acerca da indeterminação da justiça distributiva e da possibilidade de conflito entre justiça distributiva e valores bilaterais em circunstâncias não ideais), que diz respeito à concessão que instituições liberais igualitárias talvez tenham de fazer à parcialidade ou, nos termos de Nagel (1991), a ações governadas pelo ponto-de-vista pessoal. Admitindo-se que a legitimidade conferida ao ponto-de-vista pessoal impõe limites ao que as instituições de uma sociedade justa podem requerer dos seus cidadãos (Cohen 2008, p. 10), é bem possível que por aí também se atenua a oposição entre a justiça distributiva e o valor do cuidado, já que o valor em questão costuma se realizar por

²⁰ O valor do cuidado também é realizado por meio de atos que não constituam o cumprimento de obrigações (de nenhuma espécie), de tal maneira que a tensão entre justiça distributiva e cuidado também é instanciada por uma ação (não obrigatória) de cuidado x no caso em que a justiça distributiva proíba x ou requeira instituições que o proibam. Nada se perde com o fato de as considerações a seguir acima ignorarem essa possibilidade e se restringirem ao caso mais dramático de conflito entre justiça distributiva e obrigação de cuidado.

meio de ações (não necessariamente obrigatórias²¹) que são candidatas plausíveis a pertencer ao “espaço imune à justiça” do ponto-de-vista pessoal.

V. CONCLUSÃO

Nem mesmo o que Scheffler (2015) chama de distributivismo forte – exemplificado pela aplicação irrestrita do princípio da diferença – implicaria a completa subordinação do direito privado, e dos valores bilaterais que esse direito costuma expressar, à justiça distributiva. Quanto a certos valores bilaterais, como a propriedade, a promessa e a coerção, instituições conformes à demanda igualitária (condições ideais) se limitariam a definir os moldes nos quais esses valores seriam realizados. Uma genuína oposição entre os valores em questão e a justiça distributiva só seria concebível, portanto, na hipótese de instituições distributivamente injustas (condições não ideais).

Em contrapartida, em relação a outros valores, como a responsabilidade e o cuidado, um conflito radical se mostra mais plausível. Em tal hipótese, a justiça distributiva requereria um desenho institucional incompatível com a realização do valor em jogo – como, por exemplo, um desenho institucional no qual a responsabilidade civil seja abolida. À medida que hipóteses assim se confirmem, a tensão entre o distributivismo liberal igualitário e os valores bilaterais do direito privado parece, de fato, inegável.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry A. Causation and corrective justice: does tort law make sense? *Law and Philosophy*, v. 6, n. 1, p. 1-23, 1987.

COHEN, Gerald Allan. *Rescuing justice and equality*. Harvard University Press, 2008.

KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. Taxation, the private law, and distributive justice. *Social Philosophy and Policy*, v. 23, n. 2, p. 142-165, 2006.

HURD, Heidi M. The deontology of negligence. *BUL Rev.*, v. 76, p. 249, 1996.

NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Oxford University Press, 1991.

NOZICK, R. *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1974.

²¹ Ver a nota anterior.



PERRY, Stephen R. Responsibility for outcomes, risk, and the law of torts. In: POSTEMA, Gerald J. (org.). **Philosophy and the law of torts**. Cambridge University, 2001.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Columbia University, 1996.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Belknap, 2 ad., 1999.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Belknap, 2001.

SCHEFFLER, Samuel. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015.

SUGARMAN, Stephen D. (1985). Doing away with tort law. *California Law Review*, v. 73, n. 3, p. 555-664. SUGARMAN, Stephen D. Doing away with tort law. **Calif. L. Rev.**, v. 73, p. 555, 1985.



O DIREITO À EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA NO ART. 25 DO ESTATUTO DO IDOSO

THE CONCEPT OF "LIFELONG EDUCATION" (LE) INCLUDED IN THE ARTICLE 25 OF Nº 10.741 STATUTE

ANA PAULA BARBOSA-FOHRMANN¹

LUANA ADRIANO ARAÚJO²

RESUMO: Investiga-se, neste trabalho, o conceito de “Educação ao Longo da Vida” (ELV) incluído na redação do art. 25 da Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Aborda-se, inicialmente, o histórico normativo do direito à educação de pessoas idosas no contexto nacional, para se perscrutar, em seguida, o conteúdo da Lei Nº. 8.842, de 4 de janeiro 1994 (Política Nacional do Idoso) e do Estatuto do Idoso no âmbito da temática em análise. Em seguida, abordam-se o significado e o alcance do conceito de “Educação ao Longo da Vida” para se compreender o âmbito de interseção e/ou divergência entre esta concepção e as de “Educação Permanente” (EPE) e “Aprendizagem ao Longo da Vida” (ALV), apontando o referencial interpretativo pertinente ao viés da Educação ao Longo da Vida na Perspectiva da Educação Popular. Por fim, analisa-se o direito à educação ao longo da vida na perspectiva recentemente inserida no Estatuto do Idoso, considerando o processo legislativo a partir do qual se reconheceu, como princípio básico do ensino, a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Educação; Direito dos Idosos; Educação ao Longo da Vida.

¹ Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ. Pós-Doutora e Doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. E-mail: apaula_cb@hotmail.com.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (FD/UFC). Coordenadora do Árvore-ser (Grupo de Estudos Aplicados em Direitos das Pessoas com Deficiência). E-mail: luana.adriano88@gmail.com.



ABSTRACT: This paper examines the concept of "Lifelong Education" (LE) included in the article 25 of Law N^o 10.741, of October 1st, 2003 (Statute of the Elderly). It approaches the normative history of the right to education of the elderly in the national context, in order to examine the content of Law No. 8.842, of January 4th, 1994 (National Policy for the Elderly) and of the Statute of the Elderly in the context of the subject under analysis. Furthermore, the meaning and the scope of the concept of "Lifelong Learning" (ELV) are discussed in order to understand the scope of intersection and/or divergence between this concept and the notions of "Permanent Education" (PE) and "Lifelong Learning" (LL). This article also points out the interpretative referential pertinent to the bias of Lifelong Education in Popular Education's Perspective. Finally, the right to lifelong education is analyzed in the perspective recently inscribed in the Statute of the Elderly, considering the legislative process which recognized the right to education and lifelong learning as a basic principle of education the guarantee of the right to education and of lifelong learning was recognized as a basic principle of education.

KEYWORDS: Right to Education; Rights of Older Persons; Lifelong Education.

I. INTRODUÇÃO

O direito à educação, além de compor o rol de direitos sociais, condiciona a garantia de efetivação dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, evidenciando a interdependência e a indivisibilidade afeta aos direitos humanos (MARTIN *et al.*, 2015, p. 56). Tomasevski aponta que o acesso à educação funciona como um multiplicador, dado que sua configuração influencia no gozo de todos os direitos e liberdades individuais, qualificando-se sua negação ou violação como um potencial óbice ao gozo de prerrogativas fundamentais (TOMASEVSKI, 2001, p. 10). Por outro lado, em virtude da noção de que o serviço educacional deve ser fornecido, prioritária ou exclusivamente, às gerações mais jovens, as pessoas idosas findam por experimentar limitações quanto ao exercício desta prerrogativa, e isso implica um aprofundamento das possíveis infrações de direitos humanos que venham a sofrer.

De acordo com o Plano de Ação Internacional de Madrid para o envelhecimento, elaborado em 2002, a educação é uma base crucial para uma vida ativa, aportando, ademais, que a educação ao longo da vida e a formação permanente são pré-requisitos para a participação social e laboral, influenciando no gozo da saúde e do bem-estar por pessoas idosas (UNITED NATIONS, 2002). A educação ao longo da vida, conforme consignado na Declaração de Hamburgo, implica "repensar o conteúdo que reflita certos fatores como idade, igualdade entre os sexos, necessidades especiais, idioma, cultura e disparidades econômicas" (UNESCO, 1997).



Considerando-se a perspectiva de educação ao longo da vida, modificou-se, por meio da Lei nº 13.535, de 15 de dezembro de 2017, a redação do art. 25 da Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), acolhendo referido conceito no âmbito da efetivação dos direitos das pessoas idosas. Objetiva-se, nesta investigação, compreender referida reorientação conceitual, desvelando os impactos da educação ao longo da vida na formulação à educação de pessoas idosas. Traça-se, inicialmente, o histórico normativo desta prerrogativa no contexto nacional, fixando como marco inicial a Constituição Federal de 1988 para se investigar, em seguida, o conteúdo da Lei Nº. 8.842, de 4 de janeiro 1994 (Política Nacional do Idoso) e do Estatuto do Idoso na temática enfocada. Em um segundo momento, averiguam-se o significado e o alcance do conceito de “Educação ao Longo da Vida” (ELV) para se compreender o âmbito de interseção e/ou divergência entre esta concepção e as de “Educação Permanente” (EPE) e “Aprendizagem ao Longo da Vida” (ALV).

Desvela-se, ainda, o enquadramento da Educação ao Longo da Vida dentro do âmbito da educação formal ou não-formal. Destaca-se, por fim, o referencial interpretativo da Educação ao Longo da Vida na Perspectiva da Educação Popular (GADOTTI, 2016, p. 64; PONTUAL, 2016, p. 70). Ao final, investiga-se o direito à educação ao longo da vida na perspectiva recentemente inserida no Estatuto do Idoso, analisando, de início, o processo legislativo de promulgação deste texto, bem como a modificação da Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 (LDBEN) pela Lei Nº 13.632 de 6 de março de 2018, que acolhe o direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida como princípio básico do ensino.

II. HISTÓRICO BRASILEIRO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE PESSOAS IDOSAS

Um serviço educacional voltado especificamente para o idoso nem sempre foi alvo de políticas educacionais brasileiras. Destarte, nem sempre foram consideradas as peculiaridades educacionais atinentes à faixa etária específica da pessoa idosa, tradicionalmente enquadradas, nos documentos oficiais, como pertinentes ao estado de adulto. Nesse sentido, Oliveira afirma que os sistemas educacionais vêm, historicamente, centralizando um olhar essencialista voltado para a criança em detrimento dos jovens e adultos, na medida em que a infância é vista como o tempo de aprendizagem e fase de desenvolvimento psicossocial da criança, enquanto o adulto é considerado pronto em seu processo de formação (OLIVEIRA, 2009, p. 14). Em virtude disto, ressalta Gadotti que é preciso “respeitar o educando adulto, utilizando-se uma metodologia apropriada, que resgate a importância de sua biografia, da sua história de vida” e não a sua humilhação “por uma metodologia que lhes nega o direito de afirmação de sua identidade, de seu saber, de sua cultura” (GADOTTI, 2014, p. 17).

Para compreender os marcos legislativos que fundamentam o direito à educação de idoso, trata-se, nesta seção, do art. 205 da CF/88, que estabelece a educação como



um direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Coteja-se o art. 205 com o conteúdo dos arts. 227 e 230 da Lei Maior para se analisar o dever de asseguarção prioritária do direito à educação para crianças, adolescentes e jovens adultos, derivado do primeiro preceptivo, em contraste com o dever de amparo às pessoas idosas. Em seguida, averigua-se o conceito de “Universidade aberta para a terceira idade”, pertinente ao art. 10, inc. III, alínea “f” da Política Nacional do Idoso, compreendido, neste diploma, como “meio de universalizar o acesso às diferentes formas do saber”. Por fim, analisa-se a instituição explícita e direta, constante no Estatuto do Idoso de 2003, do dever de incumbência da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar com absoluta prioridade a efetivação do direito à educação.

1. Constituição Federal de 1988: para as crianças, a educação; para os idosos, o amparo?

A Constituição Federal de 1988 consagra um tratamento nunca antes dado aos direitos fundamentais, sendo resultado de um amplo processo de discussão ensejado pela redemocratização do País após mais de duas décadas de ditadura. De acordo com Sarlet, o Texto Constitucional apresenta, notadamente, três características consensualmente atribuídas, qualificando-se, portanto, como extensiva (qualidade expressa na quantidade de dispositivos normativos, uma vez que possui 246 artigos e 74 disposições transitórias), pluralista (característica advinda da consideração de reivindicações nem sempre afinadas entre si, gerando um texto com tensões internas) e de cunho programático ou dirigente (caráter consubstanciado na quantidade de disposições dependentes de regulamentações posteriores) (SARLET, 2006, p. 77-78). Ximenes entende o potencial conflitivo da Constituição como algo a ser reconhecido e explorado de forma positiva. Neste sentido, o processo de elaboração do texto, mesmo que não revolucionário, culminou em uma redação atenta às demandas populares reformistas (XIMENES, 2014, p. 47-49).

Bonavides define a Constituição de 1988 como a Constituição do Estado Social, qualificando-se o Brasil, a partir desta, como um Estado que não apenas concede direitos sociais básicos, mas os garante. O autor elege como centro deste Estado Social o princípio da igualdade, entendendo que este configura um eixo em torno do qual gravita toda a estrutura pertinente ao Estado Democrático de Direito. Tal “medula axiológica” torna-se critério imperativo na interpretação do texto constitucional em matéria de direitos sociais, na medida em que possuem aplicabilidade imediata. Referido modelo de entendimento dos direitos sociais qualifica-se como de natureza assistencialista, a partir do qual citados direitos podem se traduzir numa estrutura que engloba a satisfação de necessidades básicas e que habilita as pessoas a ganhar capacidades por meio de provisão, assistência e cuidado (BARBOSA-FOHRMANN, 2012, p. 157). Por este motivo, o Estado Social inaugurado a partir da carta de 1988 é o estado produtor da igualdade fática (BONAVIDES, 2004, p. 370-378).

Na Constituição Federal de 1988, a educação é reconhecida constitucionalmente como um direito social³, qualificando-se o fornecimento dos meios de acesso a este como de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há, no título da “Ordem Social”, um detalhamento maior deste direito, ao qual é reservado um capítulo à parte⁴, de sorte que esta temática constitui-se como a de mais extensa regulamentação no âmbito da ordem social (SARLET, 2006, p. 350).

Em seu art. 205, a Constituição de 1988 qualifica expressamente a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, a ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Silva entende que esta norma comanda, em primeiro lugar, a organização do aparelhamento do Estado para o fornecimento, a todos, dos serviços educacionais segundo os princípios constantes na Constituição, devendo, ainda, ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos exerçam igualmente o direito à educação; em segundo lugar, os ditames constitucionais asseguram que todas as normas da Constituição sobre educação e ensino devem ter por matriz interpretativa esta disposição, visando à sua plena e efetiva concretização nos moldes constitucionais (SILVA, 2005, p. 312-313). Neste sentido, a Constituição de 1988 eleva a educação à categoria de serviço essencial de incumbência do Poder Público, não obstante o ensino possa ser oferecido também pela iniciativa privada, que o albergará apenas de forma secundária e condicionada (SILVA, 2005, p. 838).

Apesar de definida como um direito de todos e dever do Estado e da família, note-se uma diferenciação no tratamento desta prerrogativa para os titulares idosos. Veja-se que – conforme o Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso) do Título VIII (Da Ordem Social) da Constituição Federal de 1988 e conquanto conste no art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade –, o direito à

³ Art. 6º, caput, da Constituição de 1988.

⁴ A este teor, Oliveira entende que: “A declaração do Direito à Educação é particularmente detalhada na Constituição Federal (CF) da República Federativa do Brasil, de 1988, representando um salto de qualidade com relação à legislação anterior, com maior precisão da redação e detalhamento, introduzindo-se, até mesmo, os instrumentos jurídicos para a sua garantia” (OLIVEIRA, 1999, p. 61). Duarte, analisando o modo como o direito fundamental à educação está caracterizado nos termos da constituição, elenca os seguintes fatores: a) ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico, servindo mesmo como razão de ser de toda a ordem jurídica, juntamente com os demais direitos fundamentais; b) tem aplicabilidade imediata, embora sua realização integral só possa se dar de forma progressiva; c) não pode ser suprimida do ordenamento jurídico por meio de emenda constitucional; d) pertence a todos, mas deve priorizar categorias de pessoas que se encontram numa mesma posição de carência ou vulnerabilidade; e) tem como sujeito passivo o Estado; f) realiza-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental; g) vincula a todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem adotar medidas – legislativas, técnicas e financeiras – até o máximo dos recursos disponíveis, para a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário (núcleo mínimo obrigatório), reconhecendo o direito à educação como um verdadeiro direito (DUARTE, 2007, p. 710-711).

educação instituí, sob a égide do art. 230, que referidos atores responsáveis (família, sociedade e Estado) têm, quando se trata de pessoas idosas, incumbência outra: o dever de amparo. Referido dever conecta-se, segundo este preceptivo, à sua participação na comunidade, à defesa de sua dignidade e bem-estar e à garantia do direito à vida.

Há, pois, uma diferenciação entre a conduta a ser adotada pelo Estado, pela família e pela sociedade quando se trata do resguardo de prerrogativas de, em primeiro lugar, crianças, jovens e adolescentes e, em segundo lugar, pessoas idosas. A exemplo de Silva, os direitos dos idosos associam-se essencialmente ao direito previdenciário e assistencial, não chegando a alcançar, em sua acepção mais ampla, o gozo de todos os direitos sociais:

Não foram incluídos no art. 6º como espécie de direito social, mas, por certo, tem essa natureza. Uma dimensão integra o direito previdenciário (art. 201, I) e se realiza basicamente pela aposentadoria e o direito assistencial (art. 203, I), como forma protetiva da velhice, incluindo a garantia de pagamento de um salário-mínimo mensal, quando ele não possuir meios de prover à própria subsistência, conforme, dispuser a lei. Mas o amparo à velhice vai um pouco mais longe, daí o texto do art. 230, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, bem como a gratuidade dos transportes coletivos urbanos e, tanto quanto possível a convivência em seu lar (SILVA, 2005, p. 321).

Percebe-se, assim, a divergência discursiva no texto constitucional no que diz respeito aos direitos das pessoas idosas em face dos direitos das demais pessoas de outros espectros etários. Reforça-se, pela redação consagrada, a intelecção de que a família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de assegurar, para as crianças, jovens e adolescentes, a efetivação de direitos – entre eles, o direito à educação –, enquanto, no caso de pessoas idosas, seu posicionamento é diverso, consistindo, sobretudo, no dever de amparo. Referida tônica altera-se, contudo, a partir dos debates que se seguiram nas últimas décadas, ao se reconhecer às pessoas idosas o *status* de sujeitos de direitos. Em virtude disso, devem lhes ser assegurados todos os direitos sociais, entre os quais o direito à educação, em igualdade de condições com os demais.

2. Política Nacional do Idoso de 1994: a noção de “Universidade aberta para a terceira idade”

A despeito de se reconhecerem na Constituição Federal de 1988 os direitos das pessoas idosas ao amparo provido pelo Estado, pela família e pela sociedade, referidas

previsões demandam atividade legiferante em virtude de seu cunho programático⁵ (SARLET, 2006). Em virtude disto, em 1994, foi promulgada a Política Nacional do Idoso, cujo objetivo consiste na asseguaração dos direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade⁶.

Conforme apontado por Sousa, a Política Nacional do Idoso “veio consolidar os direitos dos idosos já assegurados na Constituição Federal, apresentando formas de concretização de instrumento legal capaz de coibir a violação desses direitos e promover a proteção integral do idoso”, de maneira a tornar-se uma “norma orientadora da atuação governamental”, ao consolidar “as novas exigências da sociedade brasileira para o atendimento da população idosa” (SOUSA, 2004, p. 124). Referida política conta com 22 artigos, constando a referência à educação no Capítulo II (Dos Princípios e das Diretrizes), nestes termos:

Art. 10. Na implementação da Política Nacional do Idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos: III – na área de educação: a) adequar currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais destinados ao idoso; b) inserir nos currículos mínimos, nos diversos níveis do ensino formal, conteúdos voltados para o processo de envelhecimento, de forma a eliminar preconceitos e a produzir conhecimentos sobre o assunto; c) incluir a gerontologia e a geriatria como disciplinas curriculares nos cursos superiores; d) desenvolver programas educativos, especialmente nos meios de comunicação, a fim de informar a população sobre o processo de envelhecimento; e) desenvolver programas que adotem modalidades de ensino à distância, adequados às condições do idoso; f) apoiar a criação de universidade aberta para a terceira idade, como meio de universalizar o acesso às diferentes formas do saber.

Percebe-se, neste diploma, a primeira menção legislativa ao conceito de “Universidade aberta para a terceira idade”, inserto no art. 10, inc. III, alínea “f”, como “meio de universalizar o acesso às diferentes formas do saber”.

Historicamente, as primeiras universidades abertas à terceira idade foram estruturadas na França, em 1973, por meio das proposições do Professor Pierre Vellas, na Universidade de Toulouse (CACHIONI *et al.*, 2016). A proposta inicial deste modelo educacional consubstancia-se na ocupação do tempo livre das pessoas idosas, com o

⁵ Concordando com Bonavides, destaque-se que a programaticidade não significa ausência de eficácia: “(...) a programaticidade das Constituições será contudo um mal se não servir também ao Direito, se não for para o Poder um instrumento de racionalização e eficácia governativa, se não vier embebida de juridicidade, se não representar aquele espaço onde o espírito da Constituição elege o seu domicílio e se aloja, mas, ao contrário, venha a transformar-se nos Estados de constitucionalismo débil e apagada tradição jurídica em cômodo asilo das mais rudes transgressões constitucionais” (BONAVIDES, 2004, p. 251).

⁶ Art. 1º da Lei Nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.

objetivo de promover o convívio social e incrementar as relações entre os idosos. Com o passar do tempo, houve a ampliação dos fins visados para abranger a melhoria da saúde mental do idoso, bem como o fomento constante de sua emancipação e de sua participação cidadã, sempre considerando suas peculiaridades (SOUSA *et al.*, 2013).

Em território nacional, este modelo educacional foi implementado, pela primeira vez, há 22 anos, junto à Pontifícia Universidade Católica de Campinas, em 1990, que estabeleceu uma Universidade Aberta da Terceira Idade (SOUSA *et al.*, 2013).

Atualmente, existem cerca de 200 programas desse tipo em instituições de ensino superior, a maioria destes caracterizados por projetos de extensão universitários, compondo, destarte, a educação não-formal (CACHIONI *et al.*, 2016, p. 64). São as Universidades Abertas que despertam o debate, no âmbito dos cursos superiores, sobre a adaptação de metodologias para a educação de idosos e o acolhimento do envelhecimento como uma fase a ser considerada no processo educativo e de formação da personalidade.

3. Estatuto do Idoso de 2003: a educação como um direito do idoso

Apesar de contar com mais de 20 anos de existência, a Política Nacional do Idoso não encontrou efetividade prática, na medida em que não fixou uma estrita atribuição de competências às entidades responsáveis de forma que se pode afirmar que este diploma “lança a semente para a criação do Sistema Jurídico de Garantias, que ocorrerá com o Estatuto do Idoso” (ALCÂNTARA, 2016, p. 363).

Assim, considerando que “direitos apenas formalmente inseridos na lei não conferem aos idosos a dignidade, o respeito, e a integração no novo modelo da sociedade atual e nem mesmo na futura” (SOUSA, 2004, p. 9), iniciam-se, em 1997, os debates para a promulgação de uma nova legislação, que pudesse suprir as falhas de efetivação da Política Nacional do Idoso (ALCÂNTARA, 2016). Constituiu-se, em 2001, a Comissão Especial da Câmara Federal para tratar do Estatuto, com a promoção de seminários nacionais e regionais tendentes a promover debates prévios à aprovação do texto. Em virtude disto, aprova-se, em outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, com vigência fixada a partir de 1º de fevereiro de 2004⁷.

Em seu art. 2º, explicita-se diretamente a titularidade do idoso relativa a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e lhe são asseguradas todas as oportunidades e meio para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Digna de nota é a diferenciação entre a redação do art. 3º deste diploma, que traça os deveres da família, da comunidade, da sociedade e do poder público e os direitos pertinentes à pessoa idosa, e o art. 230 da Constituição Federal de 1988, que fixava, principalmente, o dever de amparo a ser prestado pela família, pelo Estado e pela sociedade e a asseguaração do direito à vida⁸.

⁷ Art. 118 da Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

⁸ Art. 3º da Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde,

O Estatuto do Idoso, composto de 118 artigos, organizados em sete títulos, dispõe especificamente sobre a educação em seu Capítulo V, juntamente com as referências às matérias de cultura, esporte e lazer. Note-se que este texto traz a primeira referência da educação como um direito do idoso e titularizado por ele. Ademais, esta lei trata da instituição explícita e direta do dever de incumbência da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar com absoluta prioridade a efetivação do direito à educação. Com este teor, dispõe a redação original do Estatuto que o “idoso tem direito à educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”⁹.

Fixa-se, ademais, no que diz respeito à temática de gozo do direito à educação por pessoas idosas, que o Poder Público criará oportunidades de acesso à educação, promovendo adequação de currículos, metodologias e materiais didáticos destinados aos idosos¹⁰. Neste ponto, cumpre destacar que, de acordo com Cachioni, a discussão a respeito desta temática vem ocorrendo de maneira incipiente e isolada. É preciso mais: conhecer e respeitar a história de vida destas pessoas, de forma que, enquanto educandos, não podem ser meros recipientes de conhecimento, mas devem ser percebidos como participantes ativos do saber (CACHIONI *et al.*, 2016).

Por fim, previa-se, em redação original do art. 25 deste Estatuto, o apoio, por parte do Estado, à criação de universidade aberta para as pessoas idosas e o incentivo à publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, com leitura facilitada e adaptada à natural redução da capacidade visual. Referida previsão passou, a partir da Lei Nº. 13.535, de 2017, para o parágrafo único deste dispositivo, sendo a nova redação do *caput* destinada ao acolhimento da educação de pessoas idosas na perspectiva da educação ao longo da vida.

III. EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA: ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS

A expressão “Educação ao Longo da Vida” (ELV) passou a ser mundialmente utilizada a partir dos trabalhos efetivados na Comissão Internacional para o Desenvolvimento da Educação, que foi criada pela UNESCO e presidida por Edgar Faure. Com o passar das décadas, a expressão sofre mutações semânticas normativas e executivas, que impactaram profundamente a estruturação dos serviços educacionais voltados para a execução desta perspectiva educacional.

Nesta seção, desvelam-se as acepções associadas à ELV, buscando entender, em seguida, se referido conceito dá guarida à educação formal e não-formal e que tipo de perspectiva de “Educação ao Longo da Vida” pode ser defendida com vistas à

à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁹ Art. 20 da Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

¹⁰ Art. 21 da Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003.



manutenção dos princípios de preparo para a participação democrática e emancipação cidadã do educando.

1. Educação ao longo da vida, educação permanente e aprendizagem ao longo da vida: conceitos sinônimos?

Apesar de incluída apenas recentemente nas normas nacionais, a expressão “educação ao longo da vida” foi utilizada, pela primeira vez, na Inglaterra, em 1919, em documento intitulado *Lifelong Education, Education for Life*, no qual se debatia a formação vocacional dos operários. Sua tradução para o francês concretizou-se por meio do conceito de *Éducation Permanente*, consagrada esta a partir dos estudos de Edgar Faure, especialmente com o relatório da UNESCO de 1972, intitulado “Aprender a Ser: a educação do futuro” (GADOTTI, 2016).

Nesta investigação, admite-se que a ideia de “Educação Permanente” reportava-se inicialmente à educação de adultos, realizada comumente em cursos noturnos, sendo, em seguida, associada à educação profissional contínua, para, então, referir-se, sobretudo, ao processo educativo que considera os múltiplos aspectos da personalidade do educando, como os intelectuais, afetivos, estéticos, sociais e políticos, em uma visão integrada da ação educativa. Portanto, a “educação permanente” torna-se, na década de 1970, a expressão de um relacionamento envolvente entre todas as formas, expressões e momentos do ato educativo (FAURE, 1974, p. 219-220). Neste contexto, Gadotti considera que “a matriz fundadora da Educação ao Longo da Vida é a Educação Permanente. Há total coerência entre essas duas expressões. Uma pode ser substituída pela outra sem nenhuma perda de significado” (GADOTTI, 2016, p. 52). Neste sentido, fundamenta-se uma noção processual de educação, cuja caracterização não se mostra exclusivamente pertinente a uma fase específica da vida do educando, mas também concerne todo o decurso de sua vida:

A partir de agora, a educação não se define mais em relação a um conteúdo determinado que se trata de assimilar, mas concebe-se, na verdade, como um processo de ser que, através da diversidade de suas experiências, aprende a exprimir-se, a comunicar, a interrogar o mundo e a tornar-se sempre mais ele próprio. A ideia de que o homem é um ser inacabado e não pode realizar-se senão ao preço de uma aprendizagem constante, tem sólidos fundamentos não só na economia e na sociologia, mas também na evidência trazida pela investigação psicológica. Sendo assim, a educação tem lugar em todas as idades da vida e na multiplicidade das situações e das circunstâncias da existência. Retoma a verdadeira natureza que é ser global e permanente, e ultrapasse os limites das instituições, dos programas e dos métodos que lhe impuseram ao longo dos séculos (FAURE, 1974, p. 225).

Na década de 1990, produz-se um novo relatório no âmbito da UNESCO, intitulado “Educação, um tesouro a descobrir”, que propõe uma atualização da noção de “Educação ao Longo da Vida”, fundamentada em quatro pilares: aprender a aprender, aprender a conviver, aprender a fazer e aprender a ser (DELORS, 2003). A partir de tais vigas, o conceito de “Educação ao Longo da Vida” leva à eliminação da distinção tradicional entre educação formal inicial e educação permanente, convergindo em direção à noção de “sociedade educativa”, no seio da qual tudo pode dar base a oportunidades de aprendizagem e de desenvolvimento de talentos (DELORS, 2003, p. 32).

Para Gadotti, este relatório deixa de focar a educação, desviando as intenções originais concernentes à “Educação Permanente” para a ideia de aprendizagem, omitindo, ademais, uma expressa referência ao conceito de permanência do acesso ao ensino em todas as etapas da vida (GADOTTI, 2016). Conseqüentemente, a reformulação proposta nas últimas décadas de ELV reproduziria um conceito de “Educação Permanente” desligado de sua proposição original, conexas à participação e à democracia, para referenciar-se em uma noção tecnicista e instrumental de educação como formação para o mercado (GADOTTI, 2016; LIMA, 2010). Surgiria, neste sentido, uma nova expressão, que, apesar de comumente utilizada como sinônimo das anteriores, encerraria um significado diverso: a noção de “Aprendizagem ao Longo da Vida”.

Considerando referido enfoque na aprendizagem, reafirmou-se, em 2009, no relatório-síntese da VI Conferência Internacional de Educação de Adultos (CONFINTEA), denominado “Marco de Ação de Belém”, que:

O papel da aprendizagem ao longo da vida é fundamental para resolver questões globais e desafios educacionais. Aprendizagem ao longo da vida, “do berço ao túmulo”, é uma filosofia, um marco conceitual e um princípio organizador de todas as formas de educação, baseada em valores inclusivos, emancipatórios, humanistas e democráticos, sendo abrangente e parte integrante da visão de uma sociedade do conhecimento. (UNESCO, 2009, p. 06)

Portanto, apesar de possuírem a mesma matriz, as ideias de “Educação ao Longo da Vida”, “Educação Permanente” e “Aprendizado ao Longo da Vida” distanciam-se em essência, se se considerarem os propósitos fixados nos marcos referenciais internacionais redigidos sobre a matéria¹¹.

¹¹ Com este teor, afirma Gadotti: “Quando eu estava escrevendo minha tese de doutorado, nos anos 1970, não havia distinção entre ‘Educação Permanente’, ‘Educação ao Longo da Vida’ e ‘Aprendizagem ao Longo da Vida’, que traduziam a expressão inglesa Lifelong Education e Lifelong Learning. Essas expressões traduziam as mesmas intenções, os mesmos pressupostos. O que aconteceu nas décadas seguintes foi um completo distanciamento das raízes humanistas iniciais.” (2016, p. 57).

Para além de conceituações divergentes, essas siglas representam ainda um emprego desvirtuado de seu sentido teórico original, fazendo as vezes de bandeiras simbólicas da noção de educação como salvação, equivalente a um “medicamento administrado para tratar dos males de que tantos pacientes sofrem” (LIMA, 2010, p. 11). Referidos males consistem na ausência de preparação para o emprego e para a aplicação técnica de conhecimentos, persistentes, sobretudo, na realidade de indivíduos de determinados estratos sociais, os quais não são público-alvo de referidas “curas educacionais”. Estas destinam-se a sanar um mal de insuficiência do indivíduo por meio da aquisição de conhecimentos que o adequam à competitividade do mundo moderno¹². Pode-se inferir, portanto, que há dois sentidos de “Educação ao Longo da Vida”: um conexo à intenção inicial consagrada na noção de “Educação Permanente”, voltada para a participação democrática e para a emancipação cidadã do indivíduo; e outro mais afeto ao conceito de “Aprendizagem ao Longo da Vida”, a partir do qual se sobressaem as noções de formação profissional e técnica, em um âmbito educacional formal e controlado¹³.

Considerando referida discussão, imprescindível compreender em que sentido de “Educação ao Longo da Vida” pauta-se a noção hodiernamente consagrada no Estatuto do Idoso, a fim de que possam se estruturar políticas públicas consoante com a noção processual de educação para a emancipação e para participação cidadã. Diante disso, surgem dois questionamentos: Considera-se, na expressão utilizada no Estatuto do Idoso, uma perspectiva de educação formal ou não-formal? Ainda, qual a perspectiva de “Educação ao Longo da Vida” é capaz de atender à percepção da educação como um processo infindável e permanente, consagrado à emancipação cidadã?

2. Educação ao longo da vida: formal ou não-formal?

Considerando a visão processual da educação, que se perpetua ao longo de toda a vida de um cidadão, é preciso compreender quais os formatos educacionais concernentes às políticas públicas derivadas do direito à educação. Afinal, fixaria o direito à educação apenas o direito à educação formal ou estaria neste albergado o ensino não-formal?

¹² Para Lima, as primeiras discussões acerca de EPE fundamentavam-se na excedência de mão-de-obra e na noção de educação para a compreensão humana. Neste sentido: “não por acaso, os conceitos de educação permanente e de sociedade da aprendizagem remetiam, originalmente, para uma sociedade marcada pela existência de tempos livres, evoluindo para uma sociedade caracterizada pelo excesso de mão-de-obra. Não se tratava, portanto, da defesa de uma formação perpétua e de uma aprendizagem incessante, orientadas para a aquisição de qualificações técnicas ou de competências com vista à constituição do trabalhador flexível, como é hoje assumido pela “escola técnico-profissional” da educação para o trabalho” (LIMA, 2010, p. 50).

¹³ Similarmente a esta compreensão, entende Lima: “As últimas décadas têm revelado um complexo processo de mudança, tanto conceptual quanto de orientação política, fazendo esbater a origem mais democrática e emancipatória do ideal de educação ao longo da vida e preferindo realçar as capacidades adaptativas e funcionais traduzidas pelo elogio da aprendizagem ao longo da vida” (LIMA, 2010, p. 50).

Para Gadotti, a educação formal seria aquela dotada de objetivos específicos delimitados, sendo sua caracterização fixada nas instituições educacionais em sentido estrito, como escolas e universidades, dotadas de reconhecimento por órgãos oficiais e submetidas a uma fiscalização – por meio de Ministérios da Educação. Alicerça-se esta em uma diretriz educacional central – currículo – e possui estruturas e setores bem delimitados, estabelecidos hierárquica e burocraticamente. Em contraposição, a educação não-formal contaria com maior grau de difusão, não apresentando mencionadas hierarquia e burocracia, ademais de não seguir, rigidamente, um sistema de progressão e de evolução em etapas (GADOTTI, 2005).

Ao mesmo tempo que entende pela existência da distinção, Gadotti a nega, propondo que “toda educação é, de certa forma, educação formal, no sentido de ser intencional” (GADOTTI, 2005, p. 02). Destaca-se, assim, que dois fatores de distinção mais claros nesta delimitação se referem ao espaço de concretização da educação e ao tempo da aprendizagem. Neste sentido, enquanto a educação formal dar-se-á geralmente no espaço da escola, denotando sequencialidade, a educação não-formal poderá ocorrer em múltiplos ambientes além da própria instituição educacional, como em ONG’s, associações de bairro e instituições comunitárias. Outrossim, enquanto há uma maior maleabilidade quanto ao tempo de aprendizagem na educação não-formal, pois atende às peculiaridades de cada indivíduo: na educação formal, há uma tendência a haver períodos delimitados para a aquisição de competências específicas, o que significa fracasso se a aquisição do conhecimento não for obtida no tempo considerado adequado.

No contexto da educação ao longo da vida, referidas noções de tempo e espaço apresentam maiores possibilidades de rearranjo, rompendo as fronteiras da estruturação estrita da educação formal. Isso não implica dizer que a educação formal deixe de figurar como um baluarte de efetivação do direito à educação na perspectiva ao longo da vida. Aqui, inclui-se na conceituação a não-formalidade, consistente na consideração de diferentes tempos e espaços de execução. Similarmente, para Gadotti:

Uma das potencialidades do princípio da “aprendizagem ao longo da vida” é que ele quebra uma visão estanque da educação, dividida por modalidades, ciclos, níveis etc. Ele articula a educação como um todo, independentemente da idade, independentemente de ser formal ou não-formal. Se a educação e a aprendizagem se estendem por toda a vida, desde o nascimento até a morte, significa que a educação e a aprendizagem não se dão somente na escola e nem no ensino formal. Elas se confundem com a própria vida, que vai muito além dos espaços formais de aprendizagem. Assim, podemos dizer que tanto a educação quanto a aprendizagem não podem ser controlados pelos sistemas formais de ensino. Este princípio nos obriga a termos uma visão mais holística da educação. (...) Por outro lado, se a educação ao longo da vida se dá em espaços formais e informais, reduzir esse conceito à educação formal seria, também, privá-lo de uma de suas grandes

potencialidades. Por isso não devemos confundir Educação ao Longo da Vida como a Educação Formal. (GADOTTI, 2016, p. 55).

Portanto, ao se referir à perspectiva da “Educação ao Longo da Vida”, o Estatuto do Idoso prevê que as atividades a serem fornecidas por meio de cursos ou programas de extensão, presenciais ou à distância, qualificam-se por serem formais e não-formais¹⁴. Desta maneira, esclarece o Estatuto que a organização do serviço fornecido levará em conta formatações outras, não apenas aquelas fixadas no conjunto de normas oficiais, atendendo, assim, à necessidade de se considerar os diferentes contextos de vida de cada educando.

A recente modificação no diploma impõe, contudo, que estas atividades sejam fornecidas no seio das instituições de ensino superior e determina que uma entidade tipicamente associada à educação formal se responsabilize pela execução das atividades educacionais não-formais. Referida previsão consagra um contrassenso quanto ao espaço e ao ator responsável pela educação não-formal, o que implica um retrocesso a um entendimento de que a educação deve estar sob o monopólio de instituições classicamente associadas à formalidade do ensino.

3. Por uma Educação ao Longo da Vida na Perspectiva da Educação Popular

160

Considerando o analisado, a educação direcionada para idosos deve ter um enfoque que ultrapassa a aquisição de conteúdo, alinhando-se, na perspectiva da ELV, a uma noção de educação enquanto atividade em permanente processo. Neste sentido, deve-se considerá-la “como um processo de afirmação do indivíduo através da tomada de consciência para um autodeterminismo na condução de alternativas, a fim de dominar as diferentes situações em que será levado a viver” (BARCIA, 1982, p. 63).

Referida atividade inicia-se com o nascimento do indivíduo e jamais alcança seu termo, dando guarida não apenas à aprendizagem formal, mas também à informal; não apenas ao aprendizado técnico e científico, mas também à emancipação cidadã e à participação democrática. Sousa *et al.* entendem que estes fins educativos incluem a cidadania ativa, a realização pessoal e a integração social (SOUSA *et al.*, 2013). Veja-se que referida percepção alinha-se ao considerado no Estatuto do Idoso, no qual estão asseguradas todas as oportunidades e meios para a preservação da saúde física e mental da pessoa idosa e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, inexistindo expressa referência ao aprimoramento laboral ou profissional¹⁵.

Tendo em vista citada delimitação de objetivos e referenciada discussão acerca das possíveis acepções advindas da interpretação do conceito de “Educação ao Longo da Vida”, Gadotti entende que tais objetivos são fixados em um sentido de “Educação ao Longo da Vida” pautado pela “Educação Popular” (EPO), na medida em que, a partir da Educação Popular, a Educação ao Longo da Vida volta-se para a participação, para a cidadania e para a autonomia dos indivíduos. Neste sentido, para o autor, a Educação ao Longo da Vida, na perspectiva proposta no contexto da Educação Popular, considera as diferentes expressões da vida humana, sejam estas artísticas ou

¹⁴ Art. 25, *caput*, do Estatuto do Idoso.

¹⁵ Art. 2º, *caput*, do Estatuto do Idoso.

culturais, ligadas ou não ao desenvolvimento local e à economia solidária, à sustentabilidade socioambiental, à afirmação das identidades dos diferentes sujeitos e de seus coletivos, à inclusão digital e ao combate a qualquer tipo de preconceito (GADOTTI, 2016).

Para Pontual, afirmar a Educação ao Longo da Vida, na perspectiva da Educação Popular, significa também atribuir-lhe a missão de promover uma cidadania ativa e transformadora, e construí-la com base nas práticas da democracia participativa, objetivando um modelo de desenvolvimento promotor da justiça social, da inclusão com equidade, da sustentabilidade e da superação de todas as formas de violência e discriminação. Para o autor, referida formulação de “Educação ao Longo da Vida” direciona-se para a integração de diversas modalidades e estilos de educação e formação, institucionalizadas ou não, desenvolvidas tanto com base em organizações e movimentos sociais quanto com base em políticas públicas do Estado (PONTUAL, 2016, p. 70).

Deste modo, no âmbito da discussão conceitual entre as definições de “Aprendizagem ao Longo da Vida”, “Educação ao Longo da Vida” e “Educação Permanente”, a “Educação Popular” pode ser estabelecida executivamente, como substrato de orientação das políticas educacionais que consideram a continuidade da educação durante toda a vida. Neste sentido, a despeito de qual seja o termo utilizado, sempre ter-se-á em mente, na elaboração de referidas propostas educacionais voltadas para pessoas idosas, as concepções que se assentem no preparo e aperfeiçoamento para a participação democrática e para a emancipação cidadã do educando.

IV. O DIREITO À EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA: ANALISANDO A NOVA REDAÇÃO DO ART. 25 DO ESTATUTO DO IDOSO

Apresenta-se a educação como um fator essencial “para que os indivíduos tenham acesso ao conjunto de bens e serviços disponíveis na sociedade. Ela é um direito de todo ser humano como condição necessária para ele usufruir de outros direitos constituídos numa sociedade democrática” (GADOTTI, 2005, p. 01). Sua concretização influencia na formação de sujeitos de direitos participativos e emancipados, aptos a demandar diretamente os direitos fundamentais que titularizam. Pode-se entender, portanto, que a educação consiste em um direito fundamental cuja execução condiciona a qualidade da efetivação dos demais direitos fundamentais.

Nesta seção, intenta-se elucidar quais os contextos de inclusão da “Educação ao Longo da Vida” no direito interno, fixando-se as motivações legislativas que levaram à previsão desta expressão no arcabouço jurídico brasileiro. Busca-se, com isto, fixar que compreensão de “Educação ao Longo da Vida” deve ser preservada no âmbito da formulação de políticas públicas de execução desta perspectiva educacional.

1. A inclusão da “perspectiva da educação ao longo da vida” na tramitação



legislativa

A modificação do Estatuto do Idoso, que incluiu a perspectiva da educação ao longo da vida, apresenta, em seu processo de tramitação, eventos que fornecem pistas sobre o sentido legislativamente visado na expressão adicionada. Veja-se, a princípio, que o Projeto de Lei do Senado nº 344, de 2012, de autoria do Senador Cristovam Buarque, previa não a alteração deste diploma, mas, sim, da LDBEN, para incluir, no art. 44, a oferta, no âmbito das instituições de ensino superior, de cursos e programas de extensão para o atendimento das pessoas idosas, por meio de atividades formais e não formais, na perspectiva da “Educação Permanente”.

Em sede de justificativa, a proposição aponta o crescimento da população brasileira com mais de 60 anos de idade, sendo este contingente formado em grande parte por pessoas com escolaridade igual ou superior ao ensino fundamental. Afirmando, ademais, a multiplicação de iniciativas associadas às Universidades Abertas à Terceira Idade como indicativo de que as universidades seriam o melhor ambiente para acolher as demandas educacionais deste segmento, aponta-se que está “mais do que na hora de acolher no texto da LDB um dispositivo para articular as demandas dos idosos por educação com as atividades das instituições de educação superior” (BRASIL, 2012a).

Referida proposição, quando da análise na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, recebeu, do relator Senador Paulo Paim, a crítica da imprecisão do texto, de maneira a deixar “margem a leituras dúbias quando de sua futura interpretação pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 2012b), de maneira que seria preciso “estabelecer com clareza que a obrigatoriedade estabelecida no parágrafo inserido refere-se apenas à universidade pública, ficando as instituições privadas com a opção de fazê-lo” (BRASIL, 2012b). Em virtude disto, sofreu o projeto, nesta comissão, emenda com o fito de fixar aludida obrigatoriedade somente no âmbito das universidades públicas.

Em seguida, somente sob o crivo da Comissão de Educação, Cultura e Esporte a proposição de modificação legislativa voltou-se para o art. 25 do Estatuto do Idoso. Em sede de justificativa, citada alteração assentava-se sobre a necessidade de suprir uma lacuna na Lei Nº. 10.741 de 2004, que, apesar de garantir o direito à educação, não o fazia de modo a imprimir efetividade ao direito de acesso às pessoas idosas a programas de educação superior. Destarte, em redação final desta proposição, dispôs-se que as instituições de educação superior ofertariam aos idosos, na perspectiva da “Educação Permanente”, cursos e programas de extensão, presenciais ou a distância, constituídos por atividades formais e não formais. A original redação do art. 25, *caput*, passou, com isto, integralmente ao parágrafo único do preceptivo. Veja-se, sobre isto, que nas emendas propostas perdeu-se tanto a referência à obrigatoriedade do fornecimento de referido serviço educacional quanto a qualificação das universidades privadas como entes responsáveis.

Em tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto seguiu sem alterações até chegar à Comissão de Direitos das Pessoas idosas, onde recebeu emenda para o acolhimento da expressão “educação ao longo da vida”, em substituição à “educação permanente”. Referido conceito fora acrescido sob a justificativa de que seria “mais coerente com a literatura especializada e as discussões acerca do incremento de oportunidades educacionais às pessoas idosas e aos demais cidadãos” (BRASIL, 2016).

Mencionada emenda deixa, contudo, de conter os motivos pelos quais a Educação ao Longo da Vida seria mais adequada à estruturação da educação de idosos.

Considerando que a redação original da proposição albergava a proposta da “Educação Permanente”, cumpre interpretar o texto atualmente consagrado sob a égide do art. 25 do Estatuto do Idoso a partir dos preceitos da participação democrática e a da emancipação cidadã dos educandos idosos. Veja-se que a ideia original de “Educação Permanente” compõe-se como uma crítica ao sistema educacional que segrega nas “etapas ao longo da vida os períodos de formação (correspondentes à infância e à juventude), trabalho produtivo (idade adulta) e tempo livre (velhice, tempo posterior à aposentadoria) (...), trazendo a ideia de contínua atualização de conhecimentos” (SARAIVA, 2004, p. 31). Aproxima-se, assim, de uma leitura que respeite os desígnios primeiros da educação permanente aquela que entenda a Educação ao Longo da Vida sob o viés Educação Popular (GADOTTI, 2016; PONTUAL, 2016).

2. A modificação da LDBN para o acolhimento da educação e aprendizagem ao longo da vida

Além das previsões constantes no Estatuto do Idoso, é preciso analisar o tratamento dispensado à educação de pessoas idosas nas demais legislações pertinentes à matéria, considerando, neste sentido, a recente alteração da LDBEN para também acolher a perspectiva da “Educação ao Longo da Vida”. Primeiramente, a LDBEN não faz nenhuma referência, em sua redação, à educação de idosos, tampouco propõe o tema “envelhecimento” como componente dos currículos escolares.

Como reflexo disto, vê-se a total ausência de menção ao tema do envelhecimento e da educação de idosos nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN), que, na apresentação dos temas transversais, olvida a disposição constante no Estatuto do Idoso acerca da inclusão, nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal, de conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria¹⁶. Cumpre destacar também que nenhum órgão responsável por emitir pareceres, resoluções, recomendações e notas técnicas, no âmbito do Ministério da Educação – entre eles, a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI) –, exarou qualquer regulamentação acerca da educação de idosos (CACHIONI *et al.*, 2016).

A despeito de não comportar nenhuma previsão acerca da educação de idosos, a LDBEN prevê, em seu art. 37, *caput*, a educação de jovens e adultos, destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria. No §1º deste dispositivo, estabelece-se ainda que os sistemas de ensino devem assegurar gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas,

¹⁶ Art. 22 da Lei Nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003.



considerando as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

Em consequência disto, a educação de idosos tem sido incluída, genericamente, na Educação de Jovens e Adultos (EJA), sem especificações referentes a este alunado. Outrossim, associa-se, nesta legislação, a educação fornecida para além do período considerado como adequado para escolarização, como estritamente voltada para suprir uma insuficiência do sistema educacional, que fracassou no fornecimento do serviço educacional na idade própria. A EJA – incluindo a educação de idosos – é legislativamente concebida, neste esteio, como uma “escolarização de segunda oportunidade”, cujo efeito principal é o de remediação (LIMA, 2016, p. 17). Tem-se, assim, uma perpetuação da ideia de educação, aprendizagem e ensino como específica de determinada fase da vida e destoante da noção de educação como um processo que se realiza no delongar de toda a vida.

Em modificação ao texto da LDEBN, a Lei Nº 13.632, de 6 de março de 2018 inclui, no texto deste diploma normativo, a perspectiva da educação ao longo da vida para assegurar que, mesmo nos casos de escolarização na idade apropriada, haverá o fornecimento de oportunidades educacionais a todos – incluindo as pessoas idosas. Neste sentido, o art. 3º deste diploma passa a incluir, como um de seus princípios, a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. Ademais, a redação do art. 37 é modificada para que a EJA seja destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria, deixando-se claro que esta constitui instrumento para a educação e a aprendizagem ao longo da vida. Desta forma, garante-se que, mesmo quando se tenha em vista a escolarização do educando, suas peculiaridades serão consideradas no processo de aprendizagem, partindo-se de seu saber de mundo e de suas experiências individuais anteriores.

3. EJA ou ELV? Por um entendimento do direito à educação de jovens, adultos e idosos na perspectiva da ELV sob o viés da EPO

Como visto, a educação de idosos tem sido tratada dentro do contexto geral da EJA em virtude da ausência de menções específicas no âmbito das metodologias e de currículos acerca do ensino deste segmento. Assim, as Políticas Públicas Educacionais, fundamentadas em referidas perspectivas, findam por compreender o idoso como adulto, não se tendo em conta suas demandas específicas enquanto alunado.

De fato, o grupo de idosos está incluído genericamente em regulamentações associadas à modalidade “EJA”, mencionando-se, neste sentido, o Parecer 11/2000 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que traça as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. Neste, estabelece-se que “a barreira posta pela falta de alcance à leitura e à escrita prejudica sobremaneira a qualidade de vida de jovens e de adultos, estes últimos incluindo também os idosos” (CURY, 2000).

Denota-se, assim, a referência ao segmento de pessoas idosas”, sem um maior detalhamento ou consideração de especificações de suas demandas educacionais. Ademais, considerando-se o sentido dos mencionados preceptivos e propondo-se a

EJA como uma modalidade compensatória e de segunda oportunidade, cumpre-se repetir o questionamento já alinhado em Lima: quando esta “não for mais necessária num dado momento histórico (como acontece já em vários países), isso significará, então, que poderemos prescindir de políticas públicas de educação de adultos?” (LIMA, 2016, p. 18).

Do mesmo modo, a ELV é, por vezes, considerada como equivalente da EJA, entendendo-se por “Educação ao Longo da Vida” o ensino efetivado depois da idade considerada apropriada. Não obstante, a referidas expressões não são sinônimas, e uma não pode ser substituída pela outra, dado que a ELV é “mais ampla do que o universo da EJA e também da educação popular de adultos, representando uma filosofia educativa que pode conferir uma nova centralidade à EJA, dependendo, no entanto, de sua orientação político-educativa” (LIMA, 2016, p. 15). Deste modo, não se pode confundir “Educação de Jovens e Adultos” com “Educação ao Longo da Vida”, uma vez que “se as duas expressões se identificassem não seria uma educação ‘ao longo da vida’, mas apenas ao longo da vida dos adultos. Seria ao ‘longo da vida’, menos a vida da criança e do adolescente” (GADOTTI, 2016, p. 50).

A despeito de não se confundirem referidas expressões, o surgimento da ELV nas agendas políticas tem suscitado o debate do esquecimento dos esforços despendidos na alfabetização e na escolarização propostas pela EJA. Gadotti aponta que a EJA “vem sendo subsumida pela Educação ao Longo da Vida”, em virtude de sua ineficiência como “uma política ‘compensatória’, uma política desatualizada diante dos compromissos assumidos pelo Brasil”, em virtude do que “seria preciso ressignificar o conceito de Educação de Jovens e Adultos (EJA) com base na visão da Educação ao Longo da Vida” (GADOTTI, 2016, p. 65). Para o autor, referida reformulação conceitual significaria uma inversão de prioridades, visto que o analfabetismo entre adultos e idosos permanece ainda como uma significativa problemática não suficientemente endereçada na agenda política educacional:

O analfabetismo continua fora da agenda política. Parece que cansamos de alfabetizar adultos. É a política da desistência. Não respeitando a biografia dos analfabetos adultos, tentamos “letrá-los” e não conseguimos. Então, coloca-se a culpa nos próprios analfabetos. Eles são inalfabetizáveis! Não podemos considerar os adultos e os idosos seres inalfabetizáveis. Não acredito na política da inalfabetizabilidade. Por causa dessa política, 13 milhões de brasileiros vão morrer sem nunca ter lido um livro. Mas não serão só eles a terem perdido a leitura dos livros. O Brasil perderá também 13 milhões de histórias que não encontraram papel, lápis e caneta para serem registradas. Isso empobrece um país. É a renúncia a um Brasil alfabetizado (GADOTTI, 2016, p. 66).

Por este motivo, antes de se falar de uma Educação ao Longo da Vida que subjugué as políticas de Educação de Jovens e Adultos ou de uma inversão de prioridades para

o favorecimento da educação de idosos em universidades, faz-se necessário compreendê-las como derivações legislativas e executivas de uma mesma proposta conceitual. Portanto, uma proposição de ELV que promova a abertura dos ambientes universitários para a terceira idade não deve se contrapor ao ensino oferecido a idosos no âmbito da EJA, na medida em que ambos devem ter os mesmos objetivos de permanente desenvolvimento pessoal, social e político de educandos idosos.

Desta maneira, articulam-se os art. 25 do Estatuto do Idoso e art. 37 da LDBEN para que ambas as propostas educacionais sejam articuladas por uma mesma perspectiva filosófica de “Educação ao Longo da Vida” sob o viés da “Educação Popular”. Por esta argumentação, as políticas educacionais em jogo nesta base conceitual promovem uma “educação transformadora, entendendo a educação como um processo de conscientização e de transformação social, num movimento permanente de superação da desumanização” (GADOTTI, 2016, p. 64).

V. CONCLUSÃO

Neste trabalho, percebeu-se, inicialmente, por meio do histórico traçado a partir da Constituição Federal de 1988, que o direito à educação de pessoas idosas apenas recentemente, a partir do Estatuto do Idoso de 2003, vem sendo tratado expressamente. Neste sentido, inferiu-se que o Texto Constitucional, apesar de tratar da educação como um direito de todos, dispôs especificamente sobre o dever de amparo da família, da sociedade e do Estado para com pessoas idosas, deixando de referenciar especificamente os direitos sociais pertinentes a este segmento. Além disso, a Política Nacional de Idosos de 1994, a despeito de tratar da competência de órgãos e entidades públicas no tocante à área da educação, não previu a estruturação de uma política pública educacional apta a articular os conceitos por ela instaurados, como o de Universidade Aberta à Terceira Idade.

Perscrutaram-se, em seguida, os conceitos associados à “educação ao longo da vida”, intentando desvendar o significado da inclusão desta expressão no Estatuto do Idoso, a partir da Lei Nº. 13.535, de 2017. Foram identificados debates sobre essa concepção, nascidos da ideia de “educação permanente”, que buscava, em sua formatação original, promover a participação democráticas de pessoas idosas. Demonstrou-se que, a partir das discussões e negociações internacionais ocorridas na segunda metade do século XX, a expressão passou a ser paulatinamente substituída por outras, a saber “Educação ao Longo da Vida” e “Aprendizagem ao Longo da Vida”, sendo a primeira mais recorrentemente utilizada nos documentos acerca da temática. Concluiu-se pela necessidade de se fixar uma perspectiva de “Educação ao Longo da Vida” aproximada às noções de “Educação Popular”, tendo em vista as preocupações esposadas por esta com a emancipação cidadã e a participação democrática dos educandos.

Ao fim, analisaram-se os processos legislativos que conduziram à inclusão da perspectiva da “Educação ao Longo da Vida” no art. 25 do Estatuto do Idoso e no art. 37 da LDBEN. Mostrou-se, inicialmente, que a redação original da proposição que alterou o Estatuto do Idoso reportava-se à ideia de “Educação Permanente”, fixando, ademais, a obrigatoriedade de prestação do serviço pelas universidades tanto públicas

quanto privadas. Inferiu-se, por fim, que a inclusão da perspectiva da “Educação ao Longo da Vida” na LDBEN, que considera as prestações educacionais executadas na EJA, em decorrência do art. 37 da LDBEN, e nas instituições de ensino superior, em virtude do art. 25 do Estatuto do Idoso, deve comungar de uma mesma filosofia educacional, que considere as peculiaridades do educando idoso por meio de currículos e metodologias específicas, buscando-se, permanentemente, o fomento ao seu desenvolvimento pessoal, social e político.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luana Adriano. **Os desafios para a efetivação do direito à educação inclusiva: igualdade, diferença e deficiência nas escolas públicas municipais de Fortaleza (CE)**. 2018. Dissertação de Mestrado. UFC.

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira. Da Política Nacional do Idoso ao Estatuto do Idoso: a difícil construção de um sistema de garantias de direitos da pessoa idosa. **Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões**. Rio de Janeiro. Ipea, 2016.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; DE BRITO LANES, Rodrigo. O direito à educação inclusiva das crianças portadoras de deficiência. **Espaço Jurídico**, v. 12, n. 1, p. 155-173, 2012.

BARCIA, Mary F. **Educação Permanente no Brasil**. Petrópolis, Vozes, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas Idosas acerca do Projeto de Lei Nº. 6.350, de 2013. Relatora Deputada Leandre. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Nº 344, de 2012. Autoria: Senador Cristovam Buarque. 2012a.



BRASIL. Senado Federal. Parecer acerca do Projeto de Lei do Senado Nº 344/2012. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Relatoria: Senador Paulo Paim. 2012b.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Parecer CNE/CEB 11/2000 que dispõe sobre as Diretrizes Curriculares para a Educação de Jovens e Adultos. **Brasília, DF: MEC/CNE**, 2000.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir**. Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. 8. ed. São Paulo/ Brasília: Cortez/MEC, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, p. 691-713, 2007.

FAURE, Edgar. **Aprender a ser**. Lisboa: Bertrand, Difusão Européia do Livro, 1974.

168

GADOTTI, Moacir. Educação Popular e Educação ao longo da vida. In: Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. **Coletânea de textos CONFINTEA Brasil+6: tema central e oficinas temáticas**. Brasília: MEC, 2016.

GADOTTI, Moacir. A questão da educação formal/não-formal. **Sion: Institut International des Droits de 1º Enfant**, p. 1-11, 2005.

LIMA, Licínio C. A Educação faz tudo? Crítica ao pedagogismo na “sociedade da aprendizagem”. **Revista Lusófona de Educação**, n. 15, p. 41-54, 2010.

LIMA, Licínio C. Do aprender a ser à aquisição de competências para competir: adaptação, competitividade e performance na sociedade da aprendizagem. 2004.

LIMA, Licínio C. Aspectos Contemporâneos da Educação ao Longo da Vida. In: Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. **Coletânea de textos CONFINTEA Brasil+6: tema central e oficinas temáticas**. Brasília: MEC, 2016.



MARTIN, Claudia et al. Human Rights of older people: universal and regional legal perspectives. **Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice**, v. 45, Springer. 2015.

CACHIONI, M. *et al.* Brazil. In: FINDSEN, Brian *et al.* (Eds). **International Perspectives on Older Adult Education: Research, Policies and Practice**. Suíça: Springer, 2016.

OLIVEIRA, Ivanilde Apoluceno. Texto 1 – Educação de jovens, adultos e idosos. In: BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação à distância. **Educação ao longo da vida**. Ano XIX, nº 11. Brasília: MEC, 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista Brasileira de Educação**, v. 11, p. 61-74, 1999.

PONTUAL, Pedro. Educação ao Longo da Vida na perspectiva da Educação Popular e da participação social. In: Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. **Coletânea de textos CONFINTEA Brasil+6: tema central e oficinas temáticas**. Brasília: MEC, 2016.

SARAIVA, Irene Skorupski. **Educação de jovens e adultos: dialogando sobre aprender e ensinar**. Passo Fundo: UPF. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: livraria do advogado. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 312-313.

SOUSA, Ana Maria Viola de *et al.* Direito dos idosos à educação: análise do filme “o estudante” sob a perspectiva pontual da Gerontagogia. In: **Políticas Culturais em Revista**, v. 1, n. 6, p. 137-151, 2013.



SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela jurídica do idoso**: a assistência e a convivência familiar. São Paulo: Alínea, 2004.

TOMASEVSKI, Katarina. **Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable**. Lund: Right to Education Primers, 2001.

UNESCO. **Declaração de Hamburgo sobre a Educação de Adultos**. V Conferência Internacional sobre Educação de Adultos. Hamburgo, Alemanha, julho. 1997.

UNESCO. **Marco de Ação de Belém**. VI Conferência Internacional de Educação de Adultos. Belém: UNESCO, 2009.

UNITED NATIONS. Political declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing. Second World Assembly on Ageing, Madrid, Spain, 8-12 April 2002.

Disponível em: <http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf>

Acesso em: 03 ago. 2018.

XIMENES, Salomão Barros. **Direito à qualidade na educação básica**: teoria e crítica. São Paulo: Quartier Latin. 2014.



COMO AS DECISÕES SÃO PRODUZIDAS? UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DE UM PROBLEMA DE PESQUISA

HOW ARE DECISIONS MADE? A PROPOSAL TO REFORMULATE A RESEARCH PROBLEM

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estimular o debate acerca da reformulação do seguinte problema de pesquisa: “como os juízes decidem?”. Apesar de existir um corpo qualificado de autores que investigam o referido problema, falta ainda a discussão dos atos que antecedem e fazem parte do processo de produção de uma decisão judicial. Neste sentido, foram utilizadas as entrevistas concedidas por ministros ao projeto História Oral do STF para demonstrar que, antes mesmo de uma decisão judicial ser produzida e, portanto, levada à sessão de julgamento, existem diversos momentos capazes de influenciar diretamente não apenas na convicção do magistrado, mas no direito que está sendo produzido. Sendo assim, a partir da leitura das entrevistas, da noção de *backstage* trazida por Goffman (1975) e da organização de momentos considerados fundamentais pelos magistrados, pretende-se destacar a necessidade em se abrir uma agenda de pesquisa para investigar problema diverso ao anteriormente mencionado, qual seja: “como as decisões são produzidas?”.

PALAVRAS-CHAVE: Decisões judiciais; Supremo Tribunal Federal; Bastidores.

ABSTRACT: This paper aims to stimulate the debate about the reformulation of the research problem: "how do the judges decide?". Although there is a authors who investigate this problem, there isn't discussion about the acts that precede and are part of the process of producing a judicial decision. In this sense, the interviews given by judges to the Supreme Court Brazilian Oral History Project were used to demonstrate

¹ Professor Adjunto de Direito na Universidade Federal de Ouro Preto. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). O autor agradece à CAPES pelo financiamento do projeto de pesquisa do qual este artigo é resultado E-mail: carlosvictor@oi.com.br.



that, even before a judicial decision is produced, and arrive at the decision-making, there are several moments capable of influencing the conviction of the magistrate and the rights being produced. Thus, from the reading of the interviews, the notion of backstage by Goffman (1975), and the organization of moments considered fundamental by judges, it is intended to highlight the need to open a research agenda to investigate a problem different from what previously mentioned, which is: "how are decisions made?".

KEYWORDS: Judicial decisions; Federal Court Brazilian; Backstage.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta diálogo direto com pesquisa já realizada e publicada neste mesmo periódico sob o título "A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio"², oportunidade em que reconstituo e discuto o conceito de "colegialidade" nos tribunais brasileiros. O referido artigo inaugura uma série de discussões a respeito do exercício da colegialidade pelos ministros do Supremo, que são mais bem enfrentadas em tese de doutorado cujo título é: "O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias"³. Dando continuidade às investigações empíricas a respeito da existência e o consequente exercício da colegialidade, ao confrontar o modo como ministros do Supremo registram a sua passagem pelo tribunal nos vinte e cinco primeiros anos da Constituição Federal, foi possível perceber a construção de diferentes discursos que podem ser situados no bojo de uma discussão a que chamo: "Como as decisões são produzidas?". Na pesquisa apresentada no artigo mencionado acima é possível ressaltar dois diferentes momentos no exercício da colegialidade por magistrados: a discussão e a deliberação. Em um primeiro momento, sugere-se que o órgão colegiado se reúna com seus magistrados e discutam oralmente questões de fato e de direito (a depender do tribunal) para, somente depois, chegarem a um consenso e deliberarem, i. e., produzirem uma decisão judicial. Alguns autores dedicam estudos e pesquisas a fim de investigar este segundo momento, inserido no debate que tramita em torno da famosa pergunta "Como os juízes decidem?".

Virgílio Afonso da Silva (2013), Conrado Hübner Mendes (2013) e André Rufino do Vale (2015), por exemplo, motivados pelo mencionado problema de pesquisa, buscam de diferentes identificar deliberações dos tribunais constitucionais capazes de apontar o modo como os decisores podem manifestar seus posicionamentos perante as questões jurídicas que lhes são demandadas. Outros estudos, como o Supremo em

² Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/issue/view/4/showToc>>. Acesso em: 08 nov.2018.

³ Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 2017. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31963/31963.PDF>>. Acesso em: 08 nov.2018.



Números, da FGV; CNJ em Números; IDJus, do IDP, dentre outros, a partir de um sistema de cruzamentos de dados por meio das informações disponibilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, buscam criar um possível prognóstico de decisões judiciais a fim de diminuir a imprevisibilidade acerca do posicionamento de ministros e, conseqüentemente, antecipar suas manifestações acerca de casos específicos.

Há ainda pesquisas que (i) buscam compreender a dinâmica decisória dos ministros a partir do estabelecimento de uma relação com a indicação dos ministros feita pelos Presidentes da República e a sua linha ideológica (PRADO; TURNER, 2009; ARGUELHES; MOLHANO, 2010); (ii) traçam diferentes perfis dos julgadores a partir das decisões que proferem baseados em um algoritmo (OLIVEIRA, 2012); (iii) analisam clivagens do comportamento judicial a partir “(a) das circunstâncias históricas particulares em que as jurisdições constitucionais são praticadas; (b) do significado político dos discursos que elas produzem; e (c) dos dissensos e consensos jurisdicionais que as constituem” (SILVA, 2016, p. 04); dentre outras. Em comum, os estudos acima enfocam direta ou indiretamente a deliberação como forma de instruir respostas ao problema de pesquisa por eles investigados. A presente pesquisa apresenta problema diverso: a partir do acesso a diferentes discursos proferidos por magistrados em relação à sua produção de decisões judiciais, foi possível identificar diferentes atores e momentos capazes de influenciar esse processo decisório. O que nos atenta a uma nova problemática de pesquisa capaz de anteceder, influenciar e até mesmo modificar a percepção das diferentes respostas à problema de pesquisa “Como os juízes decidem?”

“Como as decisões são produzidas?” é a proposta de reformulação do problema de pesquisa mencionado acima. E para apresentá-la, o texto a seguir fará um tratamento qualitativo não bibliográfico acerca do exercício da colegialidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas sessões de julgamento. Para dar início a esse tipo de abordagem, optou-se por proceder a uma análise das entrevistas concedidas por alguns ministros do Supremo ao Projeto História Oral do STF⁴, que teve por objetivo criar uma base de dados a partir da concessão de entrevistas de cada um dos ministros que passaram pelo Supremo Tribunal Federal nos vinte e cinco primeiros anos da Constituição Federal de 1988. Um dos principais objetivos desse projeto era permitir que cada um dos ministros que compuseram a Corte no período indicado pudesse dar contribuições, por meio do resgate em suas memórias, à construção de uma narrativa histórica e institucional acerca do Supremo Tribunal Federal nos vinte e cinco primeiros anos da Constituição. Com a concessão das entrevistas, os ministros contribuíram à elaboração de uma base de dados que está integralmente disponibilizada pelas organizadoras do projeto, permitindo o registro detalhado de fenômenos sócio-jurídicos fundamentais à compreensão da instituição judiciária objeto da pesquisa.

O objetivo dos dados disponibilizados pelo Projeto HOSTF é o de registrar a visão e compreensão de atores sociais diretamente envolvidos com o fenômeno investigado. A reconstrução da memória e o esforço em atribuir sentidos a determinados atos ou fatos sociais são representativos do empenho de cada um deles em registrar não

⁴ Disponível em: <<http://historiaoraldosupremo.fgv.br/sobre-o-projeto>>. Acesso em 31 jul. 2018; e <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13570>>. Acesso em: 31 jul. 2018.



apenas o que vivenciaram, mas principalmente em firmar posição sobre como desejam que os fatos supostamente vividos sejam enxergados pelo público alvo de seu discurso. Isto é, a história oral representa, sobretudo, o registro de um olhar dos atores sociais sobre fenômenos em que estejam direta ou indiretamente envolvidos.

A partir de agora, dedicarei algumas páginas a fim de reconstituir, de acordo com os depoimentos orais dos entrevistados, possíveis caminhos aos quais uma determinada demanda pode se utilizar para chegar à sessão de julgamento e ser discutida e deliberada. Para tanto, a exposição a seguir apresentará quatro diferentes momentos, aqui chamado de dimensões: a primeira chamada “Distribuição e gestão dos processos pelos ministros”; a segunda, “Construindo a relevância e controlando a imparcialidade”; em seguida, será a vez da denominada “Administrando conflitos na informalidade”; e, por fim, a que chamarei de “a gestão do processo pelo Presidente”.

Cada uma das fases anteriormente citadas apresentará alguns temas que serão discutidos individualmente a partir de consulta às entrevistas, acrescidos da identificação de expressões sugeridas pelos próprios ministros, a que chamarei de “categorias narrativas”, para sintetizar, rotular ou explicar fenômenos sócio-jurídicos. Assim, será dado início à identificação de diferentes percursos que uma demanda poderá seguir até chegar à sessão de julgamento, além de identificar elementos apontados pelos próprios ministros como responsáveis por influenciar também a discussão e deliberação em plenário.

Para melhor descrever todo o processo acima, nas páginas seguintes serão apresentadas: justificativas acerca da escolha de utilização das entrevistas concedidas pelos ministros ao Projeto História Oral do STF como fonte de acesso a algumas categorias narrativas; a metodologia utilizada, bem como a proposta de desenvolvimento do raciocínio que se deseja construir; a apresentação do contexto em que as categorias narrativas foram identificadas e as funções que são capazes de cumprir; e o mapeamento das categorias narrativas que fazem referência ao exercício da colegialidade, destacando a possibilidade de representarem parâmetros de organização do *modus operandi* de uma decisão judicial.

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Inicialmente, é importante destacar que o universo de pesquisa dos capítulos a seguir se resumem à totalidade das entrevistas já publicadas e disponibilizadas ao público pelo Projeto História Oral do STF. As entrevistas abrangem um período de 1988 a 2013, conhecidos também como os primeiros vinte e cinco anos de vigência da Constituição Federal.

E apesar do acesso privilegiado à base de dados da pesquisa por ter integrado a equipe do projeto, devido ao uso do método técnica-fonte pelo HOSTF (ALBERTI, 2004), só foi possível utilizar a base de dados criados a partir dos depoimentos orais dos ministros entrevistados após a revisão feita por cada um deles nas transcrições de suas entrevistas e que tiveram, conseqüentemente, sua publicação autorizada. Por tais motivos, apesar de o projeto HOSTF ter como objetivo a entrevista dos vinte e oito ministros ainda vivos e que tiveram passagem pelo STF, apenas vinte e uma

entrevistas (que representam a totalidade das que foram publicadas até o dia 31 de julho de 2018) foram efetivamente utilizadas na presente pesquisa.

A partir da leitura de tais entrevistas, foi feito um recorte que mais se aproximasse do objeto de estudo desta pesquisa: a identificação de atos ou fatos que apresentassem algum tipo de relação com as dinâmicas ocorridas nos órgãos colegiados capazes de mapear diferentes modos de produção de uma decisão judicial. Com a base de dados definida, para fins de atribuição de destaque aos trechos das entrevistas que faziam referência às dinâmicas ocorridas nas sessões de julgamento, procedeu-se a leitura na íntegra de cada uma das entrevistas.

Durante a leitura, foram identificados diversos trechos que faziam alusão às dinâmicas ocorridas nas sessões de julgamento, mas não apenas a elas. Foi percebido também que diversos ministros faziam referência a procedimentos que ocorriam fora das sessões de julgamento e que exerciam influência direta ou indireta sobre elas. Devido ao estabelecimento da relação entre eventos ocorridos fora das sessões de julgamento, mas com condições de exercer influência sobre elas, feitos pelos próprios ministros, optei por fazer menção também a esses momentos. Mas com o destaque de que os ministros pouco fazem referências às sessões de julgamento ocorridas na primeira ou segunda turmas, o que significa que os trechos selecionados nas entrevistas se relacionará direta ou indiretamente com as reuniões realizadas às portas abertas nas sessões plenárias.

E, com a leitura na íntegra de cada uma das entrevistas e a consequente separação de trechos que fizessem remissão aos momentos que antecedem a sessão de julgamento, demonstrando os diferentes modos de produção de uma decisão judicial, o passo seguinte foi o de proceder a um mapeamento de categorias narrativas utilizadas pelos próprios ministros em seus discursos para destacar algumas das dinâmicas que não poderiam deixar de ser observadas, sem qualquer preocupação em confirmar ou desmentir o construído pelo ministro do STF em entrevista concedida ao Projeto História Oral do STF – o que resultou nas chamadas “dimensões” que a seguir serão expostas. A expressão será comumente utilizada no presente trabalho por fazer referência a diferentes momentos descritos pelos ministros no exercício do colegiado, mas que não estimulam necessariamente a formação de um consenso entre eles. Isto é, de acordo com os relatos concedidos pelos ministros foi possível identificar vários elementos de um sistema capaz de dificultar o alcance a um consenso entre os ministros nos casos por eles apreciados no exercício do colegiado.

Assim, foi possível identificar temas em comum destacados por diferentes ministros e que ocuparam diferentes épocas no Supremo. Adotado o referido procedimento, bastou reler todos os trechos de entrevistas, desta vez agrupados por temas e fazendo referências a assuntos comuns ou conexos, para identificar categorias narrativas lançadas pelos ministros para sintetizar, rotular ou explicar fenômenos por eles descritos. O que poderá ser notado nas páginas seguintes, a partir da leitura dos tópicos destinados ao desenvolvimento das questões até aqui suscitadas.

III. PRIMEIRA DIMENSÃO: DISTRIBUIÇÃO E GESTÃO DOS PROCESSOS PELOS MINISTROS

Após ser empossado como ministro do Supremo, o passo seguinte é assumir, ou melhor, herdar o gabinete de seu antecessor. E uma das maiores surpresas registradas pelos ministros entrevistados refere-se ao volume de processos e ritmo intenso de trabalho. E a medida a ser adotada não é outra senão proceder a organização da força de trabalho que dispõem para dar seguimento às atividades deixadas por seu antecessor. Para tanto, é preciso conhecer algumas das principais atividades desenvolvidas pelos ministros do Supremo. É preciso conhecer suas rotinas e cargas de trabalho, além de desenvolver técnicas eficazes de administração de tempo e gestão dos recursos humanos e da infraestrutura que dispõem para melhor desempenharem seus papéis de magistrados.

Isto é, para ser ministro, é preciso também conhecer o Supremo por dentro, algo que somente se torna possível após ser empossado. Sendo assim, nas próximas linhas serão demonstrados alguns passos ao que está sendo considerado como uma primeira dimensão do percurso de uma demanda à sessão de julgamento no plenário do Supremo: a fase de conhecimento do Supremo, o que inclui desde o choque em relação ao volume de processos que aguarda o ministro mais novo até o modo em que organizará a sua força de trabalho.

1. Da emoção em ser empossado ao recebimento de uma “herança maldita”: como lidar com o volume de processos?

Ao ser empossado, alguns ministros do Supremo parecem não ter a dimensão exata da quantidade de trabalho que os aguardam em seus gabinetes. E, segundo ministros entrevistados, a carga de trabalho parece só aumentar com o passar dos anos (FONTAINHA; MAFEI, 2016, p. 110). Mas esta pode não ser a visão dos ministros recém-chegados ao Supremo ao conquistar uma vaga na corte que representa o mais alto órgão do Poder Judiciário brasileiro. Até assumir seu gabinete e conhecer seu novo ambiente de trabalho, o ministro recém-empossado pode ainda estar emocionalmente envolvido com o novo momento de sua trajetória jurídico-profissional. Ou seja, em um primeiro momento, a emoção pela “conquista” ou simplesmente pelo exercício do novo cargo pode ser representada como um dos atos que conduz o ministro recém-chegado ao seu novo ambiente de trabalho (FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 121).

Mas a satisfação em estar assumindo o cargo de ministro do Supremo pode ser rapidamente substituída pelo sentimento de angústia. Ao assumir seu gabinete, o ministro recém-chegado se depara com um alto volume de processos com que precisará lidar em toda a sua estadia no Supremo. O ministro Célio Borja, que ocupou o cargo no Supremo de 1986 a 1992, em sua entrevista afirma que, à sua época, o volume de processos já era razão de angústias de um ministro (FONTAINHA; DA SILVA; GUIMARÃES, 2015, p. 86-87). Apesar de a quantidade de processo no Supremo ser tema discutido a décadas, ministros recém-chegados ainda se surpreendem com o alto volume de processos que terão que gerir em seus gabinetes,

o que pode ser capaz de demonstrar que o volume de processos tanto já pode ser esperado pelos ministros quanto pode superar as expectativas do recém-chegado em relação ao trabalho a desenvolver na Corte.

A quantidade de processos com que um ministro recém-chegado se depara é, certamente, algo com que terá que lidar por todo o tempo em que ocupar o cargo de ministro. Por tais motivos, representa constante preocupação e incômodo entre eles. Nas entrevistas concedidas, todos os ministros demonstraram incômodo com o volume de processos que existe no Supremo. O que permitiu uma mobilização dos mais diversos setores (criação de tribunais, teses jurídicas, instrumentos e requisitos processuais, reformas legislativas, dentre outros) a fim de diminuir a carga de trabalho dos ministros e, conseqüentemente, melhorar a prestação jurisdicional.

O primeiro movimento foi iniciado pela proposta de modificação da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, ao extinguir o Tribunal Federal de Recursos e criar o Superior Tribunal de Justiça, considerado um acerto pelo ministro Rafael Mayer, que ocupou o cargo de ministro do Supremo de 1978 a 1989. E ao ser perguntado a respeito da redefinição de competências do Supremo a partir da criação de um novo órgão jurisdicional, o ministro Rafael Mayer considera essa como uma medida acertada ao alívio da sobrecarga de processos característico do Supremo (FONTAINHA; MATTOS; NUÑEZ, 2015, p. 67-68).

A medida implementada pela Constituição Federal de 1988 parece ter contribuído com a redefinição de competências do Supremo e, conseqüentemente, ter concentrado a discussão de questões constitucionais no tribunal. Mas, conforme demonstrado anteriormente, apesar da medida, a carga de trabalho tende a crescer e se intensificar com o passar dos anos. Outra medida de contenção a essa sobrecarga é a intensificação do trabalho e dedicação de mais horas a este fim. Na entrevista concedida pelo ministro Eros Grau, ele revela ter dedicado de quatorze a quinze horas de trabalho por dia na tentativa de diminuir a quantidade de processos que existia em seu gabinete (FONTAINHA; MAFEI; ACCA, 2016, p. 77). No entanto, o deslocamento de processos que representem conflitos entre leis federais, diminuindo a sobrecarga do Supremo, e a dedicação de mais horas de trabalho podem não ter sido o bastante, uma vez que parcela da sobrecarga de trabalho é adquirida no momento de posse com a herança do gabinete do ministro antecessor. E além do ministro recém-chegado herdar os processos de seu antecessor, ocorre ainda o que o ministro Sepúlveda Pertence chama de “avalanche de processos”, fazendo referência aos planos econômicos de governos anteriores (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 96-98) e que é capaz de ocorrer em diferentes momentos da história brasileira.

Apesar de o desconforto com a quantidade de processos apreciada pelo Supremo, o ministro Sepúlveda Pertence, além de afirmar não conseguir dedicar atenção a cada um deles como gostaria, destaca que a chamada prática do “assinar sem ler” ocorre principalmente nos conhecidos como “processos repetitivos” (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 99), fazendo referência às demandas cujas razões e objetos de análise são semelhantes, comuns entre si, citando como exemplo os planos econômicos. Na hipótese, bastava uma decisão sobre uma demanda que integrasse um determinado grupo dos processos repetitivos para ser aplicada igualmente a todos os outros processos. Essa foi uma medida adotada pelos ministros para melhor lidar com a

quantidade de processos que gerava tanto desconforto para cada um deles. Além dessa, outras medidas foram adotadas por ministros do Supremo para atribuir maior celeridade na prestação jurisdicional. Veremos algumas delas nas linhas a seguir:

Na entrevista concedida pelo ministro Ilmar Galvão, ao rememorar o caso dos expurgos inflacionários, menciona medida institucionalmente criada para os ministros lidarem com a quantidade de processos sobre a matéria, o chamado “juízo por despacho”, em que os ministros poderiam decidir o caso se o plenário já tivesse decidido, antes, casos idênticos. Ou seja, não precisava mais submeter tais casos ao plenário. Tal medida poderia inclusive estimular a discussão a respeito da criação da decisão monocrática pelos próprios ministros do Supremo, prática costumeira à época do ministro Ilmar Galvão (inclusive à revelia do regimento), que ocupou a vaga de ministro do Supremo no período de 1991 a 2003 (FONTAINHA; MAFEI, 2016, p. 110-111).

Além dessa medida, outra também adotada pelos ministros do Supremo é a conhecida como “pertinência temática” que, para o ministro Célio Borja, parecia não fazer sentido para o motivo ao qual foi justificada. Afirmo o ministro que a pertinência temática foi criada a partir de uma preocupação dos próprios ministros com o aumento gradual do número de processos no Supremo. E a pertinência temática exercia a função de diminuir o número de recursos na Corte (FONTAINHA; DA SILVA; GUIMARÃES, 2015, p. 86-87).

Além das estratégias citadas para melhor gerir a quantidade de processos que cada gabinete dos ministros possuía, outra medida foi adotada para ser aplicada às demandas repetitivas, como a mencionada na entrevista concedida pelo ministro Sydney Sanches, que afirma ter se utilizado de um modelo de decisão em casos repetitivos (FONTAINHA; MATTOS; SATO, 2015, p. 157-158), destacando o que diversos ministros apontam em suas entrevistas: a maioria dos processos constantes nos Supremo tratam-se de demandas repetidas. Para lidar também com processos desta característica, uma das medidas foi julgar uma dessas demandas, utilizar a sua decisão como referência e modelo, e aplicar aos demais casos que se equipararem a ela (FONTAINHA; MAFEI, 2016, p. 110-111).

Diferente de medidas institucionalmente adotadas pelos próprios ministros, algumas medidas legislativas também foram adotadas, como a emenda constitucional n.º 45/2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário. A medida foi adotada com o objetivo de diminuir o número de recursos a serem apreciados pelos ministros do Supremo atribuindo-lhes o reconhecimento do critério da repercussão geral das questões constitucionais debatidas e a súmula vinculante, hipótese em que o Supremo poderia criar um verbete que representasse decisões proferidas no passado e que obrigaria juízes, tribunais e toda a Administração Pública a segui-las (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 73-75).

Mas, quando perguntados se as medidas criadas teriam resolvido o problema da grande quantidade de recursos, os ministros se mostravam enfáticos em afirmar que não, apesar de destacar o positivo papel que cada uma das medidas criadas possuía no tribunal. Por exemplo, em relação a repercussão geral, o ministro Sepúlveda Pertence destaca que por se tratar de processos com “causas relevantes”, as demandas

provocam sustentação oral no Supremo, que ainda não se preparou para esse tipo de ocorrência (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 96-98).

Somada a questão destacada pelo ministro Sepúlveda Pertence, encontra-se ainda o chamado sobrestamento que, quando o Supremo identifica o requisito da repercussão geral em determinada demanda, imediatamente as que lhes são semelhantes ficam paralisadas nos respectivos tribunais aguardando o julgamento do Supremo (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 73-75) e inflacionando os Tribunais de Justiça. Somados à repercussão geral, os ministros entrevistados também destacam que a súmula vinculante também não é capaz de resolver ou diminuir quantidade de processos que existem no Supremo (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 121-122).

As questões aqui destacadas representam apenas parcela da preocupação e desconforto dos ministros do Supremo com o desenvolvimento de suas atividades, capazes de influenciar diversos seguimentos das sessões de julgamento, como o “selo” colocado pelo Supremo em algumas causas consideradas relevantes (quando reconhecida o requisito da repercussão geral), algo que somente o plenário pode fazer. As medidas citadas pelos ministros como gestoras da quantidade de processos que existem em seus gabinetes demonstram reconhecimento acerca da necessidade de práticas capazes de maximizar as atividades por eles desempenhadas, além de melhorar a prestação jurisdicional.

A quantidade de processos acumulados nos gabinetes de cada um dos ministros parece exercer influência direta ao exercício da colegialidade⁵, uma vez que, ao invés de ministros dedicarem tempo ao estudo e aprofundamento de demandas levadas ao colegiado para discussão e análise conjunta dos próprios ministros, os mesmos precisam necessariamente dedicar tempo à criação de estratégias que melhor administrem a celeridade da prestação jurisdicional devido o número alto de processos sob a sua responsabilidade. Isto é, pode ser que a opção dos ministros pela celeridade da prestação jurisdicional não represente também uma análise mais profunda e cuidadosa de cada um dos casos que estão sob a sua responsabilidade. Além disso, outra questão merece especial relevo no presente tópico, como o excesso de trabalho capaz de impedir o diálogo e elaboração conjunta de decisões. O que poderá ser mais bem notado no tópico seguinte, que será destinado às práticas citadas pelos ministros para organizar a sua força de trabalho, como montagem de seu gabinete, distribuição de funções, elaboração de votos, dentre outras questões.

2. Organizando a força de trabalho: entre atividades mecânicas e o esforço em fazer raciocínios jurídicos

No tópico anterior foi possível notar o empenho de ministros em implementar técnicas criadas especificamente para lidar com a quantidade de processos existente em cada um de seus gabinetes. Algumas técnicas são utilizadas inclusive durante as

⁵ Sobre o tema, ver artigo do mesmo autor e que dialoga diretamente com o atual, chamado: “A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio”, publicado na Revista Estudos Institucionais, v. 3, n. 1, 2017.



sessões de julgamento, como a pertinência temática, por exemplo. Ou seja, enquanto algumas técnicas são criadas no ambiente externo às sessões de julgamento, aparentando ter o objetivo de atribuir dinâmica diferente ao colegiado (por exemplo, a apreciação e julgamento do que consideram como “causas relevantes”), outras são desenvolvidas durante as próprias sessões, com aparência de sofisticadas teses jurídicas, mas com objetivo diverso do preconizado pela corte durante a sessão de julgamento.

Além do empenho de ministros em criar meios para melhor lidar com a quantidade de processos que lhes causam o desconforto demonstrado em tópico anterior, após serem impactados pela quantidade de trabalho que possuem no seio de suas atividades, a medida seguinte é organizar a força de trabalho que possuem, quer seja montando o gabinete e recrutando seus assessores, aplicando as técnicas anteriormente criadas, ou estabelecendo critérios para atribuir prioridade à apreciação e julgamento de determinadas demandas. As linhas a seguir terão por objetivo demonstrar como ministros organizam sua força de trabalho para melhor desempenhar suas funções mais primordiais: proferir votos que resultem em decisões judiciais muitas vezes irrecorríveis, por se tratar da última instância do Poder Judiciário brasileiro.

Assim, o presente tópico apresentará, por meio do empenho dos ministros em organizar a sua força de trabalho, diferentes técnicas e estratégias principalmente de gestão em seu gabinete, capazes de combater uma das maiores críticas que o Poder Judiciário tem recebido nos últimos anos: a sua morosidade. Mas o acúmulo de processos em seus gabinetes e o modo como organizam a sua força de trabalho pode estimular o desenvolvimento de um trabalho mais isolado de cada um dos ministros, tornando mais difícil a produção de decisões coletivas. Em outras palavras, a dificuldade em produzir decisões coletivas no Supremo, devido à quantidade de trabalho de cada um de seus ministros, estimula a produção de decisões individuais manifestadas nos votos que, somados, se transformará em uma decisão que represente todo o colegiado.

Assim que o ministro recém-chegado é empossado, a primeira medida para dar início ao seu trabalho é conhecer o gabinete que assumirá de seu antecessor. Ao “herdar” o gabinete, e conseqüentemente manter algumas de suas características conforme será visto nas próximas linhas, é precisa imprimir uma dinâmica específica de trabalho, o que pode variar desde a imposição de técnicas próprias de trabalho, manter as que já existiam quando o ministro antecessor estava no cargo, ou importar técnicas de gabinetes que possua algum contato. A visão impressa aos gabinetes por seus ministros são as mais variadas, alguns o associam a uma linha de montagem de fábrica (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 59-60), outros o aproximam de uma microempresa (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 123). Essa visão importará no modo de condução das atividades que ali serão desenvolvidas. Um dos primeiros passos ao início de todo esse processo é a seleção do pessoal de apoio, em outras palavras, o recrutamento dos assessores.

Mas para dar início à seleção do pessoal de apoio é preciso verificar o quanto a estrutura dos gabinetes é capaz de dar suporte à equipe que se deseja criar. O ministro Moreira Alves, ao descrever a sua estrutura de trabalho assim que iniciou suas

atividades no Supremo, destaca que não teve mais de dois assessores ao longo do período em que esteve no Supremo. E um dos motivos estava relacionado às condições estruturais dos gabinetes, que não suportavam mais do que o que já existia em sua época de ministro. Apesar das condições estruturais do ambiente de trabalho, o ministro Moreira Alves afirma que ainda que suportassem mais assessores, poderia não fazer muita diferença, uma vez que elaborava relatórios e votos sozinho (FONTAINHA; DE PAULA; ALMEIDA, 2015, p. 72-75).

Atualmente, com uma estrutura capaz de suportar equipes maiores, conseqüentemente, o número de profissionais que passaram a compor a equipe de trabalho dos ministros dentro de seus gabinetes aumentou. Independentemente do tamanho da equipe, nas próximas linhas poderá ser notado que existem características comuns entre os membros da equipe formada pelos ministros recém-chegados ao Supremo. A primeira observação é a de que, ao assumir o gabinete, alguns pedidos são atendidos, quer seja dos ministros antecessores ou de ocupantes de cargos públicos que desejavam ver determinada pessoa integrando a equipe de trabalho do ministro recém-chegado. Por exemplo, assim que foi empossado, o ministro Rafael Mayer afirma ter recebido pedidos para manter um assessor de seu antecessor, além de colocar no cargo uma esposa do comandante da polícia militar de Brasília à época e uma outra pessoa que lhe foi indicada. Isto é, dos quatro assessores a que tinha direito, três foram provenientes de pedidos e indicações (FONTAINHA; MATTOS; NUÑEZ, 2015, p. 63-64).

Forma diversa de montagem de uma equipe de apoio pelos ministros do Supremo é a opção por manter os assessores de seu antecessor, o que pode ocorrer por diversos motivos, como a manutenção de um ritmo de trabalho que o ministro recém-chegado considera adequado e eficiente, a necessidade de dar início às suas atividades com a maior brevidade possível ou até mesmo ter o conhecimento restrito de pessoas que poderiam assumir o cargo tão prontamente fosse empossado. Ainda que o ministro recém-chegado tenha mantido a estrutura de gabinete de seu antecessor, também há de se considerar a necessidade que possuem em atribuir características mais próximas das que consideram ideais ao exercício de suas atividades, como escolher o seu próprio chefe de gabinete, por exemplo (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 199-200).

Com a montagem do gabinete a partir de pedidos, indicações e manutenção da equipe de seus antecessores, diversos ministros têm optado também por inserir em seu corpo qualificado de assessores profissionais que tenham tido maior relação, contato e confiança no desempenho das funções, como integrantes da equipe de trabalho anterior à chegada ao Supremo e, sobretudo, ex-alunos e orientandos de dissertações e teses em programas de pós-graduação *stricto sensu* em que sejam parte integrante do corpo de professores (FONTAINHA; VANNUCCHI; DOS SANTOS, 2016, p. 102-104), o que tem se tornado bastante comum entre os ministros do Supremo.

Por último, uma característica que parece estar sendo compartilhada entre os ministros entrevistados e que compõem uma época mais recente da corte é a de que o corpo de assessores é composto por pessoas mais jovens (FONTAINHA; MAFEI, 2016, p. 84-85), como alunos recém-formados ou iniciando estudos em programas de mestrado e doutorado, ainda que existam ministros que se posicionem de forma



contrária à inserção de pessoas que possuam características mais acadêmicas dentre seus assessores (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 199-200).

Após a montagem do gabinete com assessores quer sejam contratados ou mantidos a pedido, ou ex-alunos, orientandos ou colegas de um trabalho anterior, era preciso distribuir funções entre seus assessores para pôr em pleno funcionamento o gabinete que acabara de montar. A distribuição de funções entre os assessores é outra medida adotada por ministros do Supremo para imprimir maior rendimento às suas atividades na Corte. As funções de cada um dos assessores variam desde o estabelecimento anterior de uma relação de afinidade ou confiança, como a escolha de um chefe de gabinete, até a aptidão que cada um deles possui para lidar com as atividades que ali existem. Por exemplo, conforme visto anteriormente, alguns assessores são mantidos nos cargos ou contratados pelos ministros recém-chegados devido a habilidade técnica que possui para o desempenho de algumas funções, o que pode se justificar pela possível falta de tempo de treinamento que possuem, uma vez que a quantidade de trabalho existente pode não permitir que esse procedimento ocorra.

Além disso, de acordo com os depoimentos orais dos ministros entrevistados, foi possível inferir que lidar com processos repetitivos era uma competência a ser levada em consideração no momento de recrutamento dos assessores. Diversos ministros contam com apoio constante dos assessores para lidar com essas demandas e diminuir, assim, a sua quantidade de trabalho. O que pode inclusive considerar técnicas desenvolvidas para melhor administrar esse tipo de função, como o estabelecimento de uma triagem de processos, a utilização de decisões-modelo criadas pelos próprios ministros, dentre outras. Adiante serão demonstradas algumas funções desempenhadas pelos assessores para imprimir maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Em todos os depoimentos orais acessados, há o estabelecimento de uma relação entre o trabalho desenvolvido pela assessoria e os chamados processos repetitivos, oportunidade em que ministros destacam a importância do trabalho desenvolvido por seus assessores na contenção de tais demandas. Entretanto, há o destaque de que uma das funções da assessoria de maior aceitação entre os ministros se trata do exercício de uma atividade mecânica, envolvendo também os ministros e gerando frustração quanto à expectativa em realizar algum raciocínio jurídico (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 98-99).

E o trabalho mecânico a que o ministro Sepúlveda Pertence faz menção refere-se prioritariamente à pesquisa de jurisprudência, doutrina (FONTAINHA; MATTOS; SATO, 2015, p. 108), com o destaque a um trabalho mais técnico como a elaboração dos relatórios de cada um dos casos apreciados e julgados pelos ministros (FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 140-141).

Apesar de o trabalho técnico desenvolvido pelos assessores, os ministros são contundentes em afirmar que eles mesmos elaboravam seus votos (FONTAINHA; DE PAULA; ALMEIDA, 2015, p. 72-75), alguns deles sequer admitindo a hipótese de seus assessores terem conhecimento acerca de seu posicionamento antes de o caso ler levado ao plenário, sob pena de considerar tal postura como uma “terceirização da jurisdição” (FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 140-141; FONTAINHA;

ALMEIDA, 2016, 59-60). Isto é, apesar do trabalho de parceria com os ministros, poder ser que existam casos que os assessores sequer tenham acesso, como os considerados “realmente importantes”, assim chamados pelo ministro Eros Grau ao estabelecer distinção entre processos e votos que são preparados dentro do gabinete e os que são fora dele (FONTAINHA; MAFEI; ACCA, 2016, p. 75).

Além das funções distribuídas a cada um dos assessores, os ministros buscavam também implementar outras técnicas capazes de maximizar as atividades desenvolvidas no gabinete, demonstrando o tempo como uma variável bastante considerável na condução das atividades dos ministros, principalmente na organização de sua força de trabalho. A utilização de decisões-modelo aos processos repetitivos são bons exemplos desse processo (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 123; FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 141-142). O que não impedia a criação e aplicação de diversos outros mecanismos capazes de imprimir maior celeridade e também qualidade no desenvolvimento das atividades de cada um dos assessores. É possível citar como exemplo a postura adotada e descrita pelo ministro Luiz Fux com os seus assessores:

[FF] – Quantos são no seu gabinete?

[LF] – Não. Essa tropa de choque, assim, minha, meu Bope, ali [risos], meu Bope, tem uns cinco. Garotada de cabeça... Todos de cabeça boa. Falam vários idiomas, pesquisam tudo. Quem dá a linha sou eu. Por exemplo: Ficha Limpa Um. Todo mundo palpitando. Eu falei: “Tudo bem. Vamos fazer o seguinte: quem me convencer que à regra do artigo 16 é possível sobrepor-se o princípio, ganha o jogo”. Vamos debater aqui. Não deu para saída. Porque como é que se vai pegar a regra constitucional e anular a regra constitucional? Entre uma regra constitucional e um princípio, não tem como a regra constitucional não prevalecer. Então, é assim. Mas, às vezes, vira debate, e, às vezes, eles preparam a pesquisa. Quando chego lá no plenário ou chego em casa, eu leio e, se não gosto, eu mudo. (FONTAINHA; VANNUCCHI; NUÑEZ, 2016, p. 115-117)

O trecho da entrevista concedida pelo ministro Luiz Fux pode demonstrar que, apesar do trabalho mecânico que muitos assessores possuem, assim como os ministros, o contato e proximidade entre eles pode também ser capaz de estimular proposições de soluções ao concretamente analisado pelo ministro, muito embora possa existir uma hierarquia até mesmo entre os próprios assessores (LEWANDOWSKI, 2015, p. 95-96). Isto é, cada ministro tem a sua forma de organização do ambiente de trabalho e dos recursos que dispõem para melhor desenvolver suas atividades. O objetivo será sempre o de acelerar e tornar mais qualificada a prestação jurisdicional.

Mas como não existe um padrão de organização dos gabinetes e cada ministro possui autonomia para gerenciar todo esse processo, pode ocorrer de existirem gabinetes caracterizados pela falta de organização, capaz de gerar consequências

negativas tanto diante de uma análise quantitativa como qualitativa (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 64-65).

No trecho indicado, o ministro Ilmar Galvão estabelece uma relação entre a morosidade do Poder Judiciário e a organização dos gabinetes dos ministros, citando como exemplo um caso que demorou dois anos no gabinete de um ministro até ser provocado pela parte por uma manifestação a seu respeito. Como resposta, foi proferido despacho pelo ministro: “indefiro.”. Outro ministro a também alertar à má gestão dos gabinetes é o Aldir Passarinho, que destaca não ser incomum assessores diferentes apreciando demandas de mesmo teor jurídico e fixando entendimentos diversos uns dos outros, o que permitiria que um mesmo juízo apresentasse dois entendimentos acerca de uma mesma matéria (FONTAINHA; SATO, 2015, p. 50-51).

Para evitar esses tipos de eventos, o ministro Ilmar Galvão informa que havia um grupo de funcionários responsáveis por fazer uma triagem inicial dos processos que entravam lá diariamente. Os processos sobre matérias já apreciadas pelo Supremo eram de responsabilidade da assessoria. Os processos cujo destino eram a Procuradoria da República eram encaminhados no mesmo dia. Além disso, um assessor era responsável só por agravos de instrumento; matéria nova e pedidos de vista eram direcionados diretamente para a casa do ministro. Em relação aos pedidos de vista, o ministro afirma que ele os apreciava rapidamente para não dar tempo de nenhuma das partes despachar a respeito com ele. Assim, pedia vista dos autos em uma sessão, e, na seguinte, já devolvia o processo e o colocava em mesa para julgamento e manifestação de seu voto (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 59-62).

A triagem feita no recebimento de novas demandas, no entanto, não resolvia outro problema comum nos gabinetes dos ministros: a inexistência de um critério capaz de atribuir prioridade de determinados processos em detrimento de outros, o que estaria diretamente relacionado ao tempo esperado pelas partes para terem sua demanda apreciada e julgada. Em entrevista concedida pelo ministro Cezar Peluso, ao fazer referência ao tempo médio em que cada ministro fica com um processo em seu gabinete, o ministro afirma que, devido ao alto volume de processos, ministros precisam estabelecer critérios para selecionar que casos devem apreciar na frente de outros. Um dos critérios utilizados pelo ministro Peluso era a antiguidade. Mas não nega que atribuía prioridade para alguns processos que, por meio de sua leitura e análise, considerava mais importante que outros, quer fosse pelo seu tempo de espera por uma manifestação ou em razão da complexidade da matéria, ou ainda pela sua repercussão pública (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 137-140).

Acrescidos aos critérios sugeridos pelo ministro Cezar Peluso, mais um é sugerido pelo ministro Ilmar Galvão: o estabelecimento de prioridade aos processos em que o demandante está na iminência de ir à prisão. Mas a sugestão dada pelo ministro apresenta um tom de reflexão sobre o assunto, afirmando que o Poder Judiciário brasileiro deve e tem condições de enfrentar. E a inexistência de critérios gera, por exemplo, os pedidos de preferência por políticos ou autoridades públicas, devido principalmente a morosidade do Poder Judiciário brasileiro (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 63-64). Ou seja, percebendo a fragilidade do Poder Judiciário em lidar com o tema, envolvidos direta e indiretamente em demandas que estão sob o

poder e análise de ministros do STF passaram a fazer pedidos frequentes de prioridades.

Uma das consequências de o Poder Judiciário, ou cada um dos ministros do STF, se manifestar a respeito de critérios adotados para estabelecer prioridade de trâmite a algumas demandas em detrimento de outras é o de estar criando um meio de destacar processos, casos que sejam considerados mais importantes que outros. O que acontece invariavelmente dentro dos gabinetes quando adotados meios de organização das atividades desenvolvidas por assessores e ministros. Somente neste tópico, é possível identificar diversos exemplos de como alguns processos ganham destaque em relação a outros, mas nunca de forma oficial, institucionalizada. O que ressalta a necessidade de investigar também a ocorrência de como ministros identificam processos mais importantes que outros.

O próximo tópico será responsável por demonstrar como os ministros, nas entrevistas concedidas ao projeto História Oral do STF, identificam que processos podem ser mais importantes que outros a partir, principalmente, da relação estabelecida com a mídia, imprensa e opinião pública. Deste modo, a questão que se insurge no seio dessa investigação será a de como os ministros conseguem identificar processos mais importantes, atribuindo-lhes tratamento diferenciado, mas sem colocar em risco a imparcialidade do julgamento. Em outras palavras, neste tópico foi possível inferir que um caso importante deverá ter prioridade, preferência de julgamento em relação a outras demandas; no próximo será possível identificar critérios que permitam atribuir ou reconhecer importância a alguns processos, além do esforço em julgá-lo sem mitigar sua imparcialidade a partir de toda a relação estabelecida pelo Supremo com a mídia, imprensa e opinião pública.

IV. SEGUNDA DIMENSÃO: A CONSTRUÇÃO DA RELEVÂNCIA E O CONTROLE DA IMPARCIALIDADE

A inexistência de critérios institucionais utilizados em igual medida por todos os ministros do Supremo para procederem a uma triagem dos processos que já existem nos gabinetes, somados aos que chegam diariamente, estimulou ministros a criar diferentes iniciativas para identificar processos que por algum motivo devem ter preferências em sua tramitação se comparados a outras demandas. Essa distinção entre processos gerou dentre os próprios ministros a discussão acerca de quais casos poderiam ser considerados importantes ao destacar alguns em relação a outros. E nas entrevistas concedidas ao projeto HOSTF, diversos ministros manifestaram-se no sentido de utilizar alguns critérios para identificar tais casos. No entanto, por meio da leitura dos depoimentos orais concedidos foi possível perceber algumas outras questões que serão igualmente abordadas no presente tópico.

A primeira delas refere-se à existência de possíveis pressões geradas quer seja pela mídia, imprensa, opinião pública e até mesmo amigos e familiares no sentido de ministros votarem em determinado sentido. Os próprios ministros confessam a ocorrência de diversas dessas pressões, muito embora afirmem não surtir o efeito desejado por aquele que faz a pressão. Apesar das entrevistas abordarem



especificamente como os ministros identificam um processo importante/relevante dentre diversos outros aparentemente repetitivos, ao destacarem a existência de diversos tipos de pressões sofridas pelos próprios ministros, uma nova visão pode ser impressa ao mesmo cenário: a busca e compreensão de quem define quais casos são importantes: ministros e/ou assessores no momento da triagem realizada; ou mídia, imprensa e opinião pública⁶?

Por outro lado, exercendo igualmente pressões, mas destacado pelos próprios ministros como sendo “pedidos de preferência” ou prioridade na apreciação e julgamento, e nunca por voto em um determinado sentido, é possível identificar pedidos formulados por advogados, políticos ou alguma parte interessada. O que inclui novos atores na compreensão deste cenário que aqui está se desenhando, como a compreensão do que seriam casos importantes. Pode ser também que todos os atores aqui destacados tenham parcela de contribuição na identificação de tais casos, o que não permitiria a utilização de um raciocínio lógico ou uma inferência para “descobrirmos” quais casos apreciados pelos ministros podem ser considerados importantes. Ou seja, buscando identificar quais casos apreciados pelos ministros do STF são importantes, passando pela reflexão de quem poderia destacar os casos mais importantes apreciados no Supremo, poderíamos alcançar uma nova discussão: como a relevância é construída no Supremo.

Essa será uma discussão que, embora surgida pela primeira vez no presente tópico e relacionada diretamente à atribuição ou reconhecimento da importância de determinado processo, poderá ainda se estender em alguns outros momentos da pesquisa ora desenvolvida. E, ao menos no presente tópico, não será possível dissociar a presente discussão do exercício e controle da imparcialidade que os julgadores precisam ter na apreciação das questões que lhes são demandadas. Nesse sentido, algumas situações como a aqui abordada podem ter contribuído à identificação de um dos possíveis cenários em que a discussão acerca da construção da relevância no Supremo se faz presente: ao mesmo tempo em que os ministros demonstram estar estabelecendo relações cada vez mais próximas com a mídia e imprensa a fim de destacar estarem atentos aos anseios populares, precisam demonstrar também que a imparcialidade do magistrado continua sendo uma garantia do cidadão.

Sendo assim, as linhas a seguir destacarão alguns trechos de entrevistas concedidas pelos ministros do Supremo de modo a ressaltar alguns dos critérios que afirmam utilizar para identificar um caso importante dentre todos aqueles que já existem em seus gabinetes, além dos que chegam diariamente; destacar as pressões que um ministro do Supremo precisa superar para apreciar e julgar um caso (importante ou não) de forma imparcial; e demonstrar aproximações entre os ministros do Supremo e a mídia e imprensa, além de possíveis consequências dessa relação que parece ter sido construída recentemente.

⁶ A opinião pública no sentido atribuído ao presente tópico deve ser entendida como abrangendo opiniões difusas e organizadas quer seja por amigos, familiares e até mesmo redes sociais, mídias eletrônicas, dentre outras.

1. Quem define qual caso é importante?

Nos depoimentos orais concedidos pelos ministros do Supremo é possível notar uma descentralização das atividades desempenhadas pelos próprios ministros, direcionando aos seus assessores o cumprimento de algumas tarefas, como a triagem de processos – hipótese em que se verifica quais processos são repetitivos ou se referem a casos novos. A triagem dos processos, conforme veremos nas páginas a seguir, poderá nos apresentar diferentes mecanismos de identificação de um processo importante, se comparado aos demais. O que pode importar no modo como ele será discutido e notado na sessão de julgamento às portas abertas, gerando influências diretas ao exercício da colegialidade. Em entrevista concedida pelo ministro Eros Grau, há o destaque que a competência aqui descrita foi delegada aos seus assessores, aos quais se tornaram responsáveis por identificar quais casos, dentre os repetitivos, tratava-se de questão ainda não apreciada e julgada pelo Supremo. Hipótese diversa é descrita pelo ministro Eros Grau ao noticiar a chegada, em seu gabinete, de um processo novo:

[FF] — Como é que o senhor distinguia os processos que o senhor deveria dar essa atenção, como o caso da anistia, que seus assessores sequer viram. Você fez 100%, e aqueles que... Eventualmente, existem processos que o senhor só assinava, passava uma vista d’olhos?

[EG] — Processos que eram repetitivos, eu passava uma vista d’olhos... Mas isso vinha pelos assessores e pela chefia de gabinete.

[FF] — E a escolha desses mais... Que o senhor ia dar...?

[EG] — Das duas, uma: ou eu mesmo sabia, já por notícia que chegava, ou na triagem que os assessores faziam: “Olha, isso aqui é um caso novo; isso daqui é repetitivo.”

Apesar de não revelar o modo como a notícia poderia ter chegado ao seu conhecimento em relação à existência de um “caso novo” em seu gabinete, os demais ministros entrevistados alegam existirem “casos paradigmáticos”, em que se é reconhecida maior repercussão se comparados a outros processos. Os chamados “casos paradigmáticos”, que representa apenas uma das formas aos quais os ditos casos importantes são também conhecidos, são caracterizados por serem mais graves e, portanto, de maior importância. Dito de outro modo, nas entrevistas concedidas pelos ministros do Supremo, um dos critérios surgidos para identificar um caso importante seria o do reconhecimento de sua repercussão, o que o tornaria um processo mais importante (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 196).

Apesar de os casos de maior repercussão pública serem considerados mais importantes que os demais, inclusive tendo prioridade em sua apreciação, os ministros não deixam claro aqueles que contribuem para que um determinado caso tenha mais repercussão pública se comparados a outros: a repercussão seria dada pela imprensa ou reconhecida pelo próprio ministro no momento de leitura e análise de cada um dos processos (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 140-142).

Em resumo, o reconhecimento da repercussão pública pode ser um critério a ser levado em consideração no momento de caracterização de um caso como importante, o que pode ocorrer antes mesmo de o ministro apreciar o processo, uma vez que ele pode receber a notícia de que apreciará um caso importante antes dele chegar ao seu gabinete (assim que distribuído, por exemplo) ou ter a informação por meio de seus assessores após triagem feita. Além desse, outros critérios também comentados pelos ministros para identificar processos importantes seriam aqueles que, embora não possuam maior repercussão pública, são importantes para o julgador promover justiça, o que só ocorreria após leitura e análise do processo (FONTAINHA; DA SILVA; GUIMARÃES, 2015, p. 78-79).

De acordo com os depoimentos orais consultados, é difícil identificar claramente se a chamada “repercussão pública” de determinados processos passou a ser reconhecida com mais frequência a partir de uma aproximação maior do Supremo Tribunal Federal com a mídia, imprensa e opinião pública ou se o destaque dado a esses processos pelos próprios ministros e/ou assessores que proporcionaram essa maior aproximação. Esse ambiente em que se torna possível inferir indícios da construção da relevância no Supremo (como a seleção de casos considerados importantes) possui efeitos diversos: como a impossibilidade de atribuir precisão acerca daqueles que contribuem a esse processo, o que pode ocorrer dentro ou fora do próprio gabinete. Quando ocorre fora do gabinete, outra questão passa a merecer igual destaque: a concorrência da mídia, imprensa e opinião pública na concessão do *status* de um caso como importante poderia também ser considerada como uma estratégia para pressionar ministros a não apenas acelerar trâmites processuais, mas também influenciar julgamentos. O próximo tópico abordará mais detidamente algumas destas questões.

2. As pressões difusas e o controle da imparcialidade

No tópico anterior foi demonstrado que, apesar de alguns critérios utilizados para caracterizar um processo como importante serem reconhecidamente utilizados por ministros do STF, não existem critérios universalmente utilizados por eles. Cada gabinete possui autonomia administrativa para regular sobre suas próprias atividades, o que importa dizer que cada ministro identifica um caso importante de forma peculiar, não esclarecendo inclusive como um determinado critério é utilizado. Além de não existirem critérios universalmente utilizados, os que existem não são claros o bastante para permitir a compreensão de sua dimensão de funcionamento.

A inexistência de critérios universais, somados à falta de clareza a respeito dos que são utilizados pelos ministros, na concessão de ritos diferenciados a determinados processos (como a aceleração de seu julgamento), podem contribuir à existência das já mencionadas pressões para que ministros apreciem mais rapidamente determinados processos, bem como os julgue de determinada forma. Quando perguntados acerca da existência das referidas pressões, os ministros afirmam a sua ocorrência principalmente por meio da mídia, imprensa e opinião pública, mas não descartam também serem pressionados em ambientes familiares. No entanto, diversos ministros enfatizam não terem sido influenciados por tais pressões, como o ministro Ilmar Galvão na hipótese em que foi relator do conhecido como “Caso Collor” (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 70-72).

Ao declarar ter sofrido pressões para julgar de determinada forma, não esclarecendo qual tipo de pressão tenha sofrido, o ministro Ilmar Galvão destaca que o “Caso Collor”, se comparado ao caso conhecido como “Mensalão”, “era uma coisa insignificante”. Essa declaração pode demonstrar que a caracterização de um caso como importante pode variar de acordo com a época em que se insere ou os personagens envolvidos, uma vez que o caso pode ter sido tratado como importante por fazer referência ao Presidente da República, e não devido a alguma complexidade da matéria. Além disso, os personagens envolvidos em determinada demanda podem contribuir à repercussão pública do mesmo processo gerando, conseqüentemente, pressões sobre o seu julgamento.

Ao fazer referência a outro caso que envolve contexto político e, sobretudo, o Presidente da República, o ministro Luís Roberto Barroso ao explicitar ter proferido um voto técnico, e não político, no “Caso do Mensalão”, destaca ter agido de forma correta em proferir o seu voto e confessa que teria uma “vida mais fácil” se tivesse cedido às pressões familiares, amigos e imprensa, admitindo que sofreu pressões para votar de forma contrária (FONTAINHA; VANNUCCHI; DOS SANTOS, 2016, p. 113-114).

Nos dois depoimentos aqui demonstrados, e em vários outros trechos de entrevistas que poderiam aqui ser inseridos (e que serão em tópicos seguintes) há uma clara insatisfação dos ministros com as pressões por eles sofridas, além da necessidade de demonstração de que as pressões não influenciam seus votos. A aproximação dos ministros com a mídia, imprensa e opinião pública, o aumento da concessão de entrevistas, os constantes comentários acerca de casos podem também ter o condão de demonstrar o exercício da imparcialidade em casos como os aqui referidos, o que não significa que não existam momentos em que o ministro se permita influenciar por algum aspecto capaz de conduzir o seu voto. Por exemplo, ao destacar a possibilidade de já ter sido solicitado para votar em determinado sentido, o ministro Eros Grau descreve dois casos em que ficou sensibilizado com a história dos demandantes e quis dar uma decisão que lhes favorecessem, destacando que tal postura não poderia ocorrer sempre, sob pena de o juiz ter o dever de se declarar impedido (FONTAINHA; MAFEI; ACCA, 2016, p. 78-80).

Nesse trecho, o ministro Eros Grau afirma a existência de outro tipo de pressão exercida sobre os ministros: a dos advogados que, por meio do desenvolvimento de argumentos, tentam induzir o ministro a determinado juízo. Mas não atribui nenhuma conotação negativa a essa prática e afirma nunca ter recebido qualquer outra forma de pressão por votos. Apesar disso, afirma que já se influenciou e envolveu emocionalmente com determinados casos, hipótese em que teve o desejo em votar de determinada forma. No entanto, para o ministro Eros Grau, as hipóteses por ele descritas em que ocorreu tal prática não poderiam ter qualquer conotação negativa, uma vez que não se tratava de um caso de repercussão pública e o seu desejo era o de “encontrar uma solução justa”, “fazer justiça”. Apesar da postura descrita, o ministro Eros Grau afirma também que ela não poderia se tornar constante, sob pena de o magistrado ter o dever de se considerar impedido de votar devido, possivelmente, o não exercício da imparcialidade na condução do caso. O esforço em demonstrar estar imune às pressões pode, por outro lado, ser entendido como uma medida de proteção

e justificação ao próprio convencimento, porque ele precisa ser demonstrado no colegiado, ainda que se acompanhe o relator, considerando que não se acompanha apenas a parte dispositiva do voto, mas também a sua fundamentação. Daí a necessidade em se criar mecanismos e adotar posturas de controle à sua imparcialidade., conforme notado em linhas anteriores.

Enfim, a relação estabelecida entre a identificação de casos importantes, a existência de pressões por apreciação e julgamento de processos parecem ter relação estreita com o exercício da imparcialidade do magistrado a partir da análise dos depoimentos concedidos pelos ministros do Supremo. E essa parece ser uma relação estabelecida principalmente a partir da aproximação dos próximos ministros com a mídia e imprensa nos últimos anos, situação controvertida entre os próprios ministros. Há aqueles que consideram tal aproximação negativa, prejudicando o seu principal ofício: julgar. Por outro lado, alguns são partidários da ideia de que a referida aproximação é capaz de aproximar o tribunal dos anseios populares, atribuindo-lhe uma conotação positiva e concedendo-lhe uma legitimação democrática. Mas, apesar das conotações positivas e negativas, as aproximações aqui descritas não são claras e constantes, sendo capaz de gerar consequências como o estremecimento das relações entre os próprios ministros. Essas questões serão mais bem construídas no tópico seguinte.

3. A aproximação do STF com a mídia e imprensa

Atualmente, não é incomum nos depararmos diante de uma mídia eletrônica, rádios ou jornais televisivos e recebermos uma notícia que envolva diretamente o Supremo Tribunal Federal. Além disso, as notícias que eventualmente envolvam o tribunal, em diversos momentos, são veiculadas a partir da declaração de um ministro à imprensa, o que demonstra uma intensificação das relações social e institucionalmente estabelecidas entre o órgão máximo do Poder Judiciário e a mídia e imprensa. No entanto, durante os depoimentos orais concedidos pelos ministros do Supremo, há declarações afirmando que o atual momento representa uma relação bastante diferente entre o STF e imprensa, se comparados a anos anteriores. Na época em que exerceu o cargo de ministro do Supremo, o ministro Célio Borja afirma que não havia qualquer relação entre o Supremo Tribunal Federal e a mídia e imprensa, nunca sendo convidado a conceder entrevista, por exemplo (FONTAINHA; DA SILVA; GUIMARÃES, 2015, p. 81-82).

E, em se tratando de um fenômeno recente, devido a heterogeneidade dos ministros que compõem a corte, é compreensível que existam ministros que se coloquem contrários a tal aproximação. Por outro lado, alguns ministros veem a aproximação da instituição com a mídia, imprensa e opinião pública de forma até bastante positiva, conforme veremos a seguir. De todo modo, os ministros que tomaram posse antes da criação da TV Justiça – um dos principais estimuladores desta aproximação segundo os próprios ministros –, ainda apresentam alguma resistência em relação à referida aproximação, mesmo depois de aposentados. A visão negativa que alguns ministros têm a esse respeito se dá principalmente à recente postura de alguns magistrados em conceder entrevistas, comentar casos, adiantar votos... Esta última, na visão do ministro Moreira Alves seria uma das consequências dessa recente

relação estabelecida entre STF e imprensa (FONTAINHA; DE PAULA; ALMEIDA, 2015, p. 85).

Apesar da resistência principalmente dos ministros mais antigos, outros atribuem uma conotação positiva a tal aproximação considerando que a proximidade das decisões proferidas pelo Supremo com os anseios populares lhe conferiria uma legitimação democrática. Isto é, se por um lado, a exposição do magistrado seria considerada um problema para os magistrados, podendo influenciar em seu principal ofício: julgar; para outros, poderia ser entendida como uma tentativa de magistrados proferirem decisões que se adequariam mais às necessidades públicas. A questão que enfrenta maior resistência é a do magistrado pautar a sua decisão na opinião pública, considerada como uma das diversas pressões que sofre, o que comprometeria o exercício da imparcialidade.

No depoimento oral concedido pelo ministro Luiz Fux, o ministro destaca a importância de a decisão judicial estar consoante à opinião pública, mas lembra que o juiz não deve se ater a elas, porque ele deve julgar de acordo com os seus conhecimentos e ensinamentos. Para o ministro, não deve a decisão judicial se pautar na opinião pública, mas é importante se atentar para quando elas coincidem. Quando diante de casos mais emblemáticos, como a situação por ele descrita, o ministro afirma que o juiz votaria com ainda mais intensidade:

[LF] (...)E o princípio, o que é que é? É o começo de tudo. O princípio é o começo de tudo. Até afirma-se que o fogo dos vulcões, eles aparecem no cume, mas eles nascem no centro da terra. É ali embaixo que começa. Então, a aplicação axiológica do Direito, valorativa do Direito, ela permite que o juiz, digamos assim, edifique uma decisão que se aproxima da ética, da legitimidade, da aspiração popular. E é importante. Isso é que é importante esclarecer. É muito importante quando a decisão judicial coincide com a aspiração popular. Uma coisa é pautar sua decisão pela opinião pública. Daí, o juiz está abdicando do seu dever de julgar de acordo com os seus conhecimentos, seus ensinamentos. Outra coisa é a decisão judicial estar consoante à expectativa popular. Porque isso confere à decisão judicial uma legitimação democrática, uma confiança legítima no povo, que é algo importantíssimo. Há vários casos históricos, até de renúncia de presidente de Suprema Corte, por descumprimento de decisão judicial. Porque se o povo não acredita na decisão, não cumpre.

(...)

Então, por exemplo, num processo objetivo, discutem-se valores, é preciso ouvir a sociedade, claro. Marcha da Maconha. Vamos ver como é que a sociedade entende isso. Olha aqui. A Marcha da Maconha não é para as pessoas saírem fumando maconha. É uma liberdade de opinião, de expressão. Não pode levar criança, porque a Constituição Federal estabelece que o cidadão tem que ter cuidado com a educação da criança.

[FF] — O senhor foi relator desse processo.

[LF] — Da Marcha? Não, não. Eu votei. Porque, nesses casos mais emblemáticos, o juiz vota com mais intensidade. (...). (FONTAINHA; VANNUCCHI; NUÑEZ, 2016, p. 75-76)

Independentemente dos aspectos positivos ou negativos que ministros apontem em relação a proximidade maior entre STF e imprensa, mídia e opinião pública, é inegável que essa relação gera consequências. E uma das consequências relatadas pelo ministro Sepúlveda Pertence em relação aos atuais ocupantes do cargo de ministro do Supremo é a de que a abertura tão grande deles com a imprensa está permitindo que ministros talvez sejam mais próximos de jornalistas do que os próprios colegas de trabalho. Por exemplo, o ministro relata o uso da mídia por alguns ministros do Supremo para fazerem “declarações em *off*”. E, entre eles, afirma ser possível saber aquele que o fez pelo teor das declarações ou pelo estilo da escrita. Mas afirma também que na época em que compôs o Supremo, essas “declarações em *off*” não eram costumeiramente divulgadas, apesar de existir algumas situações deste tipo (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 118-119).

A relação de maior proximidade de um ministro com jornalistas se comparados com a relação estabelecida com os próprios colegas, pode contribuir à situação descrita pelo ministro Sepúlveda Pertence, reconhecendo uma possível falta de diálogos entre os próprios ministros e, eventualmente, gerando supostos conflitos entre eles. Não se está afirmando aqui que a proximidade entre ministros e jornalistas são os principais causadores da falta de diálogos entre eles, e sim que essa aproximação pode ser considerada também como um dos estímulos à ocorrência de possíveis conflitos. Ou ainda que a referida proximidade torne mais visível os conflitos já existentes entre os próprios ministros, manifestados inclusive em sessão plenária.

De todo modo, uma questão surge a partir da discussão entre as relações estabelecidas entre ministros e imprensa, mídia e opinião pública: a relação estabelecida entre os próprios ministros. A partir da intensificação da proximidade aqui descrita, tornam-se mais corriqueiros e visíveis alguns embates envolvendo ministros do Supremo principalmente quando relacionados a casos que, em sua própria visão, possuam uma maior repercussão pública. Para compreender como essas relações entre os próprios ministros são estabelecidas, a partir da visão que imprimem às entrevistas concedidas ao projeto HOSTF, faz-se necessário analisar os trechos em que fazem referência ao assunto, o que será mais bem discutido no tópico seguinte.

V. TERCEIRA DIMENSÃO: ADMINISTRANDO CONFLITOS NA INFORMALIDADE

No presente tópico, serão demonstrados alguns trechos de entrevistas em que os ministros do Supremo fazem referência direta ao relacionamento que possuem com outros ministros. A partir da leitura dos depoimentos orais, foi possível perceber que os ministros separam essas relações em diferentes níveis: o relacionamento que possuíam com outros ministros antes mesmo da sua tomada de posse; as relações estabelecidas depois de se tornar um ministro do Supremo, dentro e fora do tribunal e, por fim, o relacionamento existente após a aposentadoria. Mais uma vez, os trechos

colacionados a seguir representarão uma síntese das ideias apresentadas pelos ministros nas entrevistas concedidas, como forma de ilustrar melhor os fatos aqui descritos.

A parte destinada ao destaque das relações estabelecidas entre os ministros demonstrará que, apesar do clima de cordialidade que rege as relações, elas são também conflituosas. Não há nenhum destaque dado pelos ministros ao porquê da existência desses conflitos, embora alguns deles tentam atribuir alguma motivação para a sua ocorrência a fim de tentar compreendê-la. No entanto, os ministros fazem muitas referências às situações criadas para conter os conflitos que surgem no seio das relações por eles estabelecidas. Uma das medidas criadas para conter os conflitos que pudessem inclusive transparecer nas sessões de julgamento era a chamada “sessão de conselho”, também chamada por eles de “sessão secreta”, “sessão informal”, “sessão às portas fechadas”. Nessa sessão, os ministros se reuniam antes mesmo da ocorrência do julgamento para discutirem, e até mesmo deliberar acerca de questões que considerassem relevantes, por diversos motivos, como melhor administrar possíveis divergências e conflitos que pudessem ocorrer nas sessões públicas de julgamento, aos quais veremos alguns deles mais adiante.

Deste modo, o presente tópico servirá para demonstrar a relação conflituosa que ministros relatam terem vivido dentro do Supremo, apesar do aparente clima de cordialidade, e o surgimento de medidas que pudessem melhor administrá-las, evitando que eles prejudicassem quaisquer procedimentos, ritos e dinâmicas ocorridas principalmente em plenário. Toda a discussão aqui mencionada terá o seu início já no próximo tópico, em que serão destacadas como as relações são estabelecidas entre os ministros do Supremo para, no tópico seguinte, demonstrar um meio institucionalmente criado para melhorar o diálogo e diminuir possíveis conflitos entre os ministros a partir das relações por eles mesmos estabelecidas.

1. Falta de convívio ou conflito: o que sustenta as relações entre os ministros?

Cordialidade. Essa é a palavra eleita pelos próprios ministros para descrever as relações estabelecidas entre eles mesmos. No entanto, não é incomum nos depararmos com notícias da imprensa, comentários em redes sociais acerca de embates, discussões ásperas em plenário, principalmente quando diante da análise de um caso que esteja sendo transmitido ao vivo pela TV Justiça. O que pode causar, na visão de alguns ministros, conforme veremos a seguir, a falsa impressão de que esses embates tenham se intensificado nos últimos anos. Para alguns ministros, os atritos entre ministros do Supremo é uma constante no tribunal, a TV Justiça teria apenas facilitado o reconhecimento de sua existência. De todo modo, a forma como os ministros do Supremo se relacionam despertou curiosidade tanto na comunidade acadêmica como na profissional⁷ e, por mais que se especulem acerca do modo de convivência dentro e fora do tribunal, faltavam declarações próprias a seu respeito. As linhas a seguir

⁷ Referência feita àqueles que exercem profissões tradicionais no Direito, como juízes, advogados, promotores, defensores públicos, dentre outros.



tentarão suprir esse déficit, demonstrando, nas palavras dos próprios ministros, como é ou era o convívio entre seus pares.

Ao contrário do que alguns poderiam imaginar, o relacionamento entre os ministros do Supremo é iniciado inclusive antes da tomada de posse de alguns. Tanto o círculo na comunidade acadêmica como a relação estabelecida entre advogados, representantes do Ministério Público e magistrados, ou ainda entre magistrados e membros de algum dos Poderes da República, faz com que, ao tomar posse no cargo de ministro, as relações já existentes tornem facilitada a recepção e o convívio com o ministro recém-chegado. Alguns ministros, por exemplo, relatam a existência do convívio com alguns ministros do Supremo antes mesmo de tomarem posse no cargo. O ministro Eros Grau (FONTAINHA; MAFEI; ACCA, 2016, p. 73-74; p. 81-83) destaca que, antes de tomar posse, já estabelecia relações com alguns ministros do Supremo, porque alguns deles se frequentavam, conviviam fora do tribunal, o que teria se intensificado após a sua tomada de posse. Outro ministro que destaca ter estabelecido relações pessoais com os outros ministros antes de assumir o cargo no Supremo é o Luís Roberto Barroso (FONTAINHA; VANNUCCHI; DOS SANTOS, 2016, p. 104-106), que afirma já ter despachado com vários ministros na condição de advogado, além de ter participado de eventos acadêmicos com alguns deles e até mesmo estabelecer uma relação de amizade com o ministro Luiz Fux desde a época de aprovação deste para o concurso de juiz de primeiro grau.

As relações pessoais e o convívio entre os ministros são intensificados após a tomada de posse e a frequência ao mesmo ambiente de trabalho que, apesar de disponibilizar um gabinete para cada ministro organizar autonomamente a sua força de trabalho, estabelece reuniões periódicas em sessões de julgamento nas turmas e plenário para discutirem e deliberarem acerca de casos que lhes são demandados. Além disso, uma vez assumido o cargo de ministro do Supremo, é aberta a possibilidade de moradia em um apartamento funcional localizado em uma quadra ao final da Asa Sul, em Brasília, onde diversos ministros do Supremo moram e convivem como vizinhos. Ou seja, tanto o convívio constante no trabalho quanto a proximidade de moradia são considerados elementos capazes de estimular o estabelecimento de relações entre os ministros do Supremo fora do ambiente de trabalho.

Apesar do convívio, nos depoimentos orais concedidos, os ministros do Supremo afirmam que, em regra, não existe relação de amizade entre eles. E esse parece ser um pensamento comum entre os ministros, considerando as diferentes épocas que cada um dos entrevistados exerceram o cargo. Na entrevista concedida pelo ministro Célio Borja, por exemplo, o ministro afirma que apesar de ter morado em um mesmo prédio com vários outros ministros do Supremo, ainda assim não existia uma relação mais próxima, afetuosa entre eles (FONTAINHA; DA SILVA; GUIMARÃES, 2015, p. 77).

Apesar de os ministros se frequentarem fora do ambiente de trabalho, nos depoimentos orais, essa não era considerada uma postura comum; diferente de outros tribunais aos quais alguns ministros fizeram parte antes de assumir o cargo no Supremo. Em entrevista concedida pelo ministro Sydney Sanches, quando perguntado sobre o relacionamento com os demais ministros, o ministro afirma que um dos possíveis motivos a essa falta de proximidade entre ele e seus colegas está relacionado às diferentes origens de cada um. Segundo o próprio ministro, essa falta de

proximidade resultava em um isolamento capaz de não se permitir a discussão de matérias jurídicas ou votos, antes da realização da sessão de julgamento, diferente do que ocorria em outros tribunais de justiça existentes no país em que se realizavam seminários para discutir teses jurídicas (FONTAINHA; MATTOS; SATO, 2015, p. 160-162).

Em relação à diferença de convivência entre os ministros do Supremo e os magistrados de outros tribunais, fazendo referência ainda que indiretamente à observação feita pelo ministro Sydney Sanches em relação às diferentes origens dos ministros do Supremo, o ministro Cezar Peluso destaca que, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde foi magistrado, os seus colegas se frequentavam, as famílias eram amigas e até chegavam a marcar viagens juntas, o que não ocorre no Supremo:

[FF] — Ministro, e no TJ era completamente diferente?

[CP] — Completamente diferente! Um ambiente descontraído. Nossa, imagina, a gente se frequentava, casas de amigos em conjunto, saíamos em férias juntos, íamos para Santa Catarina, Itapema, alugávamos 20 chalés, iam 20 famílias de juízes, se reuniam todos, levava filho, neto, todos juntos lá. Associação se reúne, tem festa, vão, falam.

[FF] — E por lá o senhor fez amigos, não fez desafetos, no Supremo foi ao contrário ou não chegou a ser ao contrário?

[CP] — Não, não, não fiz desafetos. Eu pelo menos, pessoalmente, não acho que tenha feito nenhum desafeto. Provavelmente, como ninguém é obrigado a gostar de todo mundo, nem todos me apreciem do mesmo modo, no mesmo nível, mas do meu ponto de vista pessoal não tenho nenhum desafeto, não tenho nada contra nenhum deles do ponto de vista pessoal, nada, nada, nada. As coisas que eu considerava que podiam não ter acontecido, aconteceram, não dei muito relevo, mas não passei disso. Uma pessoa mais próxima dentro do Supremo com quem me relaciono é com o ministro Sepúlveda Pertence. Primeiro, porque eu tenho um grande respeito intelectual por ele - eu o chamo de Zé Paulo - uma das maiores cabeças que passaram pelo Supremo. Eu o acho uma pessoa extraordinária, eu tenho muita afinidade intelectual com ele, temos posições comuns (...). (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2016, p. 112-113)

A partir do trecho destacado na entrevista do ministro Cezar Peluso, um traço capaz de aproximar ministros do STF não era em si a convivência fora do tribunal ou a aproximação das famílias, mas uma “afinidade intelectual”. Apesar da inexistência de intimidade e proximidade entre as famílias, alguns ministros se frequentavam principalmente quando da organização de jantares. Ainda assim, quando feita referência à organização de tais jantares, o ministro Nelson Jobim estabeleceu uma distinção entre eles, existindo basicamente dois tipos: aqueles cujo objetivo era tão somente a confraternização e outros em que se convocava para falar de trabalho. Dependendo do jantar, não eram todos os ministros que compareciam, alguns

apresentavam resistência ao comparecimento principalmente dos jantares organizados tão somente para falar de trabalho (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 273-275).

A resistência de alguns ministros a estabelecerem diálogos sobre assuntos de trabalho fora do ambiente institucional se tornava ainda mais radical quando a questão a ser discutida fazia referência a algum caso prestes ser julgado pelo plenário do Supremo. Todos os ministros entrevistados que fizeram referência à possibilidade de combinação de votos, antecipação de pontos de vista ou assuntos correlatos se colocaram contrários à sua ocorrência. O ministro Cezar Peluso, ao tratar do tema em sua entrevista, compara a situação com os colegas de colegiado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que sempre conversavam quer seja por meio de telefone, jantares, bilhetes, dentre outros modos. Por tais motivos, havia previsibilidade sobre a forma como cada um proferiria seus votos no colegiado, o que evitava discussões entre ministros no plenário (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 106).

Em outras palavras, apesar do clima de cordialidade presente entre os ministros, eles evitavam maiores aproximações principalmente para evitar diálogos a respeito de casos a serem por eles apreciados nas sessões de julgamento. Essa falta de diálogo e aproximação, que também resulta na imprevisibilidade a respeito do posicionamento de cada um dos ministros a respeito de determinado caso, é capaz de estimular discussões mais acaloradas nas sessões de julgamento, momentos que têm se tornado mais visíveis devido as transmissões ao vivo das sessões de julgamento ocorridas no plenário pela TV Justiça. Ou seja, o exercício do principal ofício de um ministro do Supremo, a partir das posturas descritas por alguns ministros, deveria ser reservado às sessões de julgamento, revestindo os atos de institucionalidade. E para que o exercício desse ofício fosse facilitado, com o destaque a um ambiente cortês e de convivência pacífica, alguns ministros do Supremo se referem à existência de algumas regras de conduta, sempre guiadas pelo critério da antiguidade.

Em relação ao tema, o ministro Célio Borja destaca que as relações estabelecidas entre os ministros eram também guiadas a partir da existência das regras de convivência aos quais os ministros deveriam seguir, como o estabelecimento de ordem para entrar no elevador, para se assentar à mesa, dentre outros. Ainda assim com a existência de regras de convivência que estimulavam o clima cortês entre os ministros, o ministro Célio Borja destaca algumas exaltações de seus colegas, como uma no que ele chama de “velho Supremo” em que dois ministros andavam armados e se ameaçavam constantemente, porém, sem nunca terem atirado um no outro e, em sua época de ministro, dois que não se falavam até que finalmente se aproximaram (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 106). Sobre o mesmo assunto, o ministro Luís Roberto Barroso afirma que o modo de deliberação existente no Supremo pode estimular algumas discussões mais ásperas, mas destaca que as relações estabelecidas entre os ministros são mais cordiais do que imaginam (FONTAINHA; VANNUCCHI; DOS SANTOS, 2016, p. 104-106).

As declarações dos ministros Célio Borja e Luís Roberto Barroso a respeito da existência de debates mais acalorados representam duas épocas bastante distintas no Supremo: o primeiro aposentou-se do Supremo dez anos antes da criação da TV Justiça e o segundo, tomou posse no Supremo cerca de doze anos depois. No entanto, as discussões mais ásperas entre os ministros eram comuns às duas épocas, estimulando

o entendimento de que elas representam um traço característico no tribunal. Ainda assim, o tom, e não a frequência, das discussões surpreendiam alguns ministros que tiveram atuação como magistrado em outros tribunais antes de chegarem ao Supremo. O ministro Aldir Passarinho, em seu depoimento oral, destaca ter presenciado uma discussão em que afirma ter ficado “realmente preocupado” com o que viu, mas logo após a sessão os ministros saíram abraçados, conversando, dando a entender que a discussão havia ficado dentro do plenário, não sendo levada adiante (FONTAINHA; SATO, 2015, p. 81-82). Por outro lado, o ministro Eros Grau revela a existência de um “bate-boca violento” entre ele e o ministro Joaquim Barbosa, quase resultando em agressão (FONTAINHA; MAFEI; ACCA, 2016, p. 70-71), afirmando não ter guardado rancor da situação ao mesmo tempo em que tece elogios ao ministro Joaquim Barbosa, com quem teve boa relação durante os tempos de Supremo.

Outro elemento indicado pelo ministro Nelson Jobim capaz de alimentar a existência de discussões mais ásperas no Supremo é a existência de disputas, brigas pessoais entre os próprios ministros, podendo ter sido ocasionada também pela falta de convívio entre eles:

[CJ] – Nesse caso, a sua relação com a composição do Supremo foi importante. Como é que foi, antes do senhor virar presidente?

[NJ] – Era boa. Era ótima.

[CJ] – Além desse caso, outros conflitos importantes?

[NJ] – Que eu tenha administrado?

[CJ] – É.

[NJ] – Ah, sim. Havia, às vezes, havia problemas de disputas, brigas pessoais, né? Aí, eu tentava acalmar um ou outro. Eu nunca briguei com ninguém. Eu sempre tentava resolver os acertos e as confusões. Porque tem determinados personagens que alimentam-se do conflito. Ou seja, eles precisam do conflito para se alimentar (...). (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 215)

No trecho da entrevista concedida pelo ministro Nelson Jobim há o destaque ainda à possibilidade de o conflito ser a base capaz de estimular e sustentar as relações entre os ministros no Supremo, e não o diálogo e cooperação, conforme sugerido por alguns ministros ao fazer referência ao ambiente de convívio em outros tribunais. Ao mesmo tempo em que eram identificados mecanismos de isolamentos entre os ministros, buscava-se quer seja por meio de jantares ou o estabelecimento de residências próximas, criar meios de facilitação desse convívio. Por exemplo, na época em que o ministro Moreira Alves ainda compunha o quadro de ministros do Supremo, até depois de sua aposentaria, ele lembra a criação de meios de integração entre os ministros aposentados e os da ativa para manter e estreitar relações, como o convite para participarem do lanche no intervalo da sessão de julgamento (FONTAINHA; DE PAULA; ALMEIDA, 2015, p. 103-104).

Além dos convites para participação nos lanches ocorridos nos intervalos das sessões de julgamento no plenário, haviam ainda jantares de confraternização para os

ministros aposentados, chamados de “inativos” pelos próprios ministros (FONTAINHA; SATO, 2015, p. 81-82), apesar da resistência de alguns ministros quanto à sua participação no evento e/ ou organização do mesmo.

Por fim, um dos mecanismos criados institucionalmente para permitir uma aproximação maior entre os ministros e estabelecer um diálogo entre eles a respeito de casos considerados importantes - o que poderia gerar, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, maior fricção no debate -, foi a chamada pelo ministro Sepúlveda Pertence de reunião informal. De acordo com o ministro, em algumas hipóteses era convocada uma reunião para se discutir “aspectos relevantes” de um “julgamento próximo”, mas sem tomada de votos, destacando também que a sua realização recebeu radical oposição do ministro Marco Aurélio e que, por isso, não é mais realizada (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 115-117).

As referidas reuniões são mencionadas por diversos ministros que concederam entrevistas, sempre explicando o seu funcionamento, a forma com que era convocada, a participação dos ministros, o argumento de oposição de alguns à sua realização, dentre outras questões que serão mais bem discutidas no tópico seguinte.

O objetivo do presente tópico foi demonstrar o modo com que os ministros enxergavam as próprias relações estabelecidas com seus pares. A partir daí, identificou-se o destaque dado por cada um deles ao isolamento com que convivem. Apesar do destaque e da conotação negativa ao isolamento, inclusive caracterizando o Supremo como “onze ilhas”, nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence, os ministros não relatam tentativas pessoais de aproximação. As tentativas a que foram dadas destaque por eles, referem-se a mecanismos institucionalmente criados para promover maior proximidade entre os próprios ministros, alguns deles não sendo bem vistos pelos próprios. É possível identificar algumas características comuns aos mecanismos citados pelos ministros: além de buscar o estabelecimento de maior diálogo e proximidade entre eles, buscava também administrar possíveis conflitos que poderiam surgir a partir principalmente do convívio isolado de cada um.

E o mecanismo mais comentado por cada um dos ministros é o da convocação de reuniões informais, realizadas às portas fechadas, diferentemente das sessões de julgamento realizadas nas turmas, que contava com a presença do público que comparecia até o tribunal para presenciá-la, e as televisionadas que ocorriam no plenário da corte. Ou seja, após os próprios ministros identificarem o conflito e o isolamento como empecilhos ao desenvolvimento de algumas das atividades que desempenham no Supremo, eles fazem referência a alguns elementos que buscavam combater esse fato, melhor administrando esses conflitos. Na visão dos ministros, as reuniões às portas fechadas contribuíam no cumprimento desse papel, conforme veremos a seguir.

2. Como proteger a dignidade dos cargos?

De acordo com o relatado pelos ministros, e destacado em linhas anteriores, o convívio isolado de cada um deles pode ter estimulado a criação de um momento em que, a partir de uma convocação, os ministros se reuniram informalmente em local apropriado ao estabelecimento de um diálogo entre eles, para discutirem questões a respeito de casos considerados importantes. Considerado como um dos principais

mecanismos desenvolvidos para suprir o possível déficit de contato entre os ministros, a convocação das reuniões que recebem o nome de informais, intramuros, sessões de conselho, sessões administrativas, sessão secreta, dentre outras, eram bem vistas pelos ministros que comentam a sua existência, apesar da controvérsia existente a respeito da sua ocorrência após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme veremos a seguir.

As principais motivações ao apoio dos ministros à existência de “sessões secretas” se referem ao modelo de deliberação existente no país, determinando que discussões e deliberações sejam públicas e, especificamente as sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, transmitidas ao vivo por meio de imprensa institucionalmente criada para este fim. Segundo alguns ministros, uma das principais funções que as sessões secretas eram capazes de cumprir é a de mudar, gerar impacto sobre as dinâmicas ocorridas nas sessões de julgamento no plenário do Supremo. E, nesse aspecto, tornam-se inevitáveis as comparações feitas por ministros do Supremo sobre dois importantes e distintos momentos das sessões de julgamento que tanto participaram: aquela caracterizada por discussões realizadas previamente à sua realização (sessões secretas) e as transmitidas ao vivo pela imprensa institucional do tribunal, não sendo, em regra, precedida de qualquer discussão sobre os casos que ali seriam analisados (FONTAINHA; DE PAULA; ALMEIDA, 2015, p. 81-85).

De acordo com o ministro Moreira Alves, as sessões administrativas cumpriam um papel de diminuir os debates ocorridos em plenário, uma vez que no espaço destinado às suas realizações eram discutidas questões que poderiam ser levadas ao plenário do Supremo, o que não ocorre desde a promulgação da Constituição de 1988, devido a manifestação contrária do ministro Marco Aurélio em se discutir processos fora da sessão de julgamento, tendo o seu principal fundamento no art. 93, IX da Constituição Federal.

A inevitável comparação feita pelo ministro Moreira Alves com as diferentes épocas no Supremo permitiu a afirmação de que as sessões administrativas cumpriam um papel melhor do que a TV Justiça exerce ao transmitir ao vivo as sessões de julgamento, inclusive mudando posturas dos ministros nas próprias sessões ao identificar um prolongamento das discussões, votos mais longos e processos que duram mais de uma sessão para ser apreciado, motivos que considera ser o bastante para a sua posição contrária à TV Justiça.

Apesar do reconhecimento da existência de tais sessões, alguns ministros destacam que critérios, seleção de temas e assuntos seriam levados até às sessões. Havia alguns objetivos bem delimitados, como a tomada de decisões sobre o que decidir em plenário, o que era feita a partir da definição das matérias que envolvesse determinados processos, segundo o ministro Rafael Mayer (FONTAINHA; MATTOS; NUÑEZ, 2015, p. 64-67). Além desse, as sessões secretas poderiam cumprir vários outros papéis conforme o descrito pelos ministros, atribuindo destaque a uma das características capazes de marcar as discussões ocorridas nas sessões de julgamento do Supremo: as discussões mais ásperas, já exaustivamente comentada em tópico anterior. Diante dessa característica, os ministros destacam que uma das principais funções das sessões administrativas era a contenção dos ânimos e diminuição dos atritos nas sessões de julgamento que apreciasse casos de maior repercussão,

oportunidade em que se convocava uma reunião informal para, nas palavras do ministro Aldir Passarinho (FONTAINHA; SATO, 2015, p. 46-49), trocar ideias sem um caráter de definitividade, apenas para pontuar algumas das questões que poderiam ser suscitadas no debate público.

Entretanto, alguns depoimentos orais apresentam versões diferentes a esse respeito. O ministro Néri da Silveira, ao fazer referência às sessões de conselho, destaca que existiam sessões fechadas em que os ministros deliberavam a respeito de inquiridos de autoridades, sempre a pedido do Presidente do Tribunal, atribuindo destaque também a figura do Presidente na convocação das referidas sessões (FONTAINHA; DA SILVA; DOS SANTOS, 2015, p. 83-84).

Outro aspecto que merece destaque no depoimento do ministro Néri da Silveira refere-se ao argumento utilizado para justificar a deliberação sobre inquiridos de autoridades em sessões fechadas: a dignidade dos cargos. Esse argumento revela (i) o cuidado em não debater em público um caso que pode ser considerado importante a partir das partes que estiverem envolvidas na demanda, (ii) além de considerar a exposição pública como um problema ao futuro exercício de funções ou cargos das partes envolvidas na demanda. Embora este não seja um tema que mereça maior aprofundamento no presente tópico, que tem por objetivo apenas demonstrar a visão impressa pelos ministros do Supremo acerca de alguns fenômenos sócio-jurídicos, o mesmo argumento pode ser levado em consideração para refletirmos acerca das motivações capazes de sustentar a existência de sessões fechadas e, conseqüentemente, o fim do debate público pelos próprios ministros: o exercício e dignidade do cargo que possuem, além da já mencionada imparcialidade.

Além das funções já destacadas, o ministro Ilmar Galvão aponta outra no que se refere especificamente ao Relator: quando diante de casos de maior repercussão, o relator do processo poderia convocar uma sessão administrativa para buscar apoio dos colegas em relação a determinadas posturas que poderia adotar em relação ao processo de sua relatoria. E destaca como exemplo a pressão da imprensa sobre ele no “Caso Collor”, em que havia sido relator: por ter sua trajetória jurídico-profissional marcadamente no Estado do Acre, a imprensa teria alimentado a ideia de que o ministro não teria condições de relatar um processo importante e aparentemente complexo como o “Caso Collor”. Então, o ministro Ilmar Galvão convocou uma sessão administrativa para consultar os colegas acerca de sua aptidão para exercer a relatoria do caso (FONTAINHA; ALMEIDA, 2016, p. 54-55).

Esse último exemplo é encarado pelos ministros entrevistados como em caráter de excepcionalidade, principalmente por ter ocorrido após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes dela, os ministros entrevistados afirmavam com tranquilidade a existência das sessões aqui discutidas, embora não compartilhassem das mesmas ideias quando perguntados acerca do seu momento de convocação, como eram organizadas, o que apreciavam, dentre outras questões. Mas, alguns depoimentos que merecem destaque neste tocante, referem-se à possibilidade e ocorrência de sessões secretas, convocadas pelos próprios ministros, para decidirem temas que não haviam sequer sido demandados enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Por exemplo, o ministro Sydney Sanches narra um evento em que recebeu um telefonema enquanto dormia o convidando a participar de uma reunião

na casa do ministro Moreira Alves para, junto dos demais ministros, decidirem quem assumiria a Presidência da República no lugar de Tancredo Neves: José Sarney ou Ulysses Guimarães. Não há relato de que essa tenha sido uma demanda de alguém, apesar da desconfiança do próprio ministro de que tenha sido do próprio Planalto. Mas, os ministros decidiram tal questão sem uma provocação oficial ao Supremo Tribunal Federal:

[MM] — E como é que foi ser ministro do Supremo na redemocratização? O Supremo participou disso? Como participou? Como é que o senhor vivenciou, de dentro do Supremo, essa passagem do poder militar para o poder civil?

[SS] — Olha, o... Não houve problema nenhum, viu? Eu vou dar até um depoimento aqui. Quando o... Eu estava dormindo uma noite, e toca o telefone, era o ministro Moreira Alves. Acho que já era uma meia-noite, onze horas ou meia-noite. Ele falou: “Sydney, você não vem aqui?”. “Aqui aonde?”. “Na minha casa.”. “Ué! Ninguém me avisou nada. O que é que está havendo?”. “Você não sabe? O Tancredo não vai tomar posse. Ele está sendo operado. E nós temos que resolver quem é que vai tomar posse, se é o Ulysses Guimarães ou se é o Sarney.” (FONTAINHA; MATTOS; SATO, 2015, p. 112-114).

Em seguida à transição referida no trecho acima, foi promulgada a Constituição Federal até hoje vigente, que apresentou mudanças significativas em relação ao Poder Judiciário brasileiro. O novo texto constitucional estimulou o debate entre os ministros acerca de diversas questões que lhes afetavam diretamente; dentre elas, a manutenção das sessões secretas – mecanismo que, de acordo com os relatos aqui consultados, contava com a aprovação e apoio de diversos ministros do Supremo. O que gerou certa resistência à Constituição por parte dos ministros que prezavam e defendiam a manutenção das sessões secretas (FONTAINHA; MATTOS; NUÑEZ, 2015, p. 73).

Ao destacar alguns dos efeitos da promulgação da nova Constituição, o ministro Rafael Mayer destaca a necessidade de os julgamentos no Poder Judiciário brasileiro serem públicos, afirmando não mais ter ocorrido as sessões secretas. Além do art. 93, IX, da Constituição vedar a possibilidade de ocorrência de julgamentos a portas fechadas, em diversos depoimentos orais, há referências constantes à oposição do ministro Marco Aurélio quando perguntado aos ministros o principal motivo das sessões secretas não serem mais realizadas, conforme visto em parágrafos anteriores. Apesar da aparente vedação de sua ocorrência pela Constituição Federal de 1988, é possível destacar em diversos relatos dos ministros do Supremo a realização de sessões às portas fechadas, sempre referida como “sessão administrativa”, sendo utilizada inclusive como forma de combinar posturas a serem adotadas no curso de uma sessão de julgamento televisionada.

O ministro Sepúlveda Pertence relata que, antes do julgamento do “Caso Collor”, ocorreu uma reunião administrativa, para os ministros discutirem possíveis comportamentos a serem tomados na sessão plenária, hipótese em que restou combinado que não existiriam apartes durante a sessão, a fim de se evitar a

transmissão ao vivo de possíveis atritos surgidos em plenário. A situação destaca uma preocupação dos ministros à época em como a transmissão ao vivo das sessões de julgamento do plenário poderia influenciar as dinâmicas ali ocorridas (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 110).

Para a convocação dessas sessões administrativas, havia critérios e as funções que as sessões cumpriam eram próximas às realizadas antes da Constituição de 1988. Por exemplo, ao relatar o modo pelo qual as discussões ocorriam no plenário do Supremo, o ministro Carlos Velloso afirma que em “casos realmente complicados, solicitava-se o chamado por ele de “Conselho”: reunião administrativa prevista no regimento interno do tribunal⁸. Segundo o próprio ministro Carlos Velloso, essa reunião administrativa era convocada principalmente em casos de dúvidas dos ministros acerca de como proceder no caso para tomar a sua decisão e também quando não conheciam o ponto de vista do colega, citando como exemplo o caso da constitucionalidade do CNJ. Em hipóteses como as descritas, o ministro solicitava a realização do “Conselho”, que ocorria em dia anterior ao julgamento (FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 136-137).

A inexistência reconhecida de diálogo a respeito de casos que serão apreciados e julgados pelo plenário é motivo de desconforto de diversos ministros. No entanto, a discordância não parece ser problema, uma vez que não houve pronunciamentos a seu respeito. Para os ministros, o problema parece ser a imprevisibilidade, e não a discordância. O ministro Cezar Peluso ao destacar o seu desconforto, afirma inclusive que as discussões em plenário deveriam ocorrer em reunião privada, porque um dos efeitos dessa falta de diálogo previamente às sessões plenárias era o aumento do pedido de vista, o que atrasa o julgamento (FONTAINHA; DA SILVA; DE ALMEIDA, 2015, p. 104-105).

Ao comparar as sessões de julgamento ocorridas no STF com as da *Supreme Court* dos Estados Unidos, o ministro Cezar Peluso lamenta que no Brasil as deliberações não ocorram em reuniões privadas, afirmando que o formato estimula o debate e não inibe magistrados de proferirem opiniões. No entanto, Peluso alega ser irreversível a mudança para não mais se permitirem a transmissão ao vivo das sessões de julgamento do Supremo devido a reação contrária da sociedade a esse respeito, que argumentaria no sentido de os ministros estarem escondendo as razões de decidir.

Por fim, um personagem a que constantemente é feita referência quando da análise das sessões secretas, que já surgiu em variados momentos nos trechos de entrevistas do presente tópico, é o Presidente do Supremo. É do Presidente do Supremo a competência para convocar e dirigir as sessões secretas do tribunal, de acordo com o relato dos ministros. Apesar de todo o poder manifestado pelo presidente na convocação das sessões, ele possui várias outras formas de manifestação do poder que lhe foi conferido pelo tribunal ao elegê-lo como seu administrador e representante,

⁸ A disposição está prevista no Regimento Interno do Tribunal desde o primeiro regimento do tribunal datado de 1891: “art. 29. As sessões e votações serão públicas, salvo nos casos excetuados neste Regimento, ou quando no interesse da Justiça ou da moral resolver o presidente, que se discuta e vote em sessão secreta”. E, atualmente, a possibilidade de realização das sessões administrativas está prevista nos arts. 151, 152 e 153.

dentre eles o de chamar processos em pauta para julgamento para que os ministros possam apreciá-los.

Mas, de acordo com o depoimento oral dos ministros, nem sempre é assim. Há casos considerados mais importantes em que a inclusão ou retirada de pauta de um processo é discutida em uma sessão secreta. O ministro Nelson Jobim relatou um caso em que negociou diretamente a inclusão e retirada de pauta para julgamento de um processo referente ao vencimento e auxílio-moradia dos magistrados brasileiros, sendo negociada em sessão administrativa. E, uma vez colocado em pauta para julgamento, após o ministro Nelson Jobim ter afirmado já dotar das informações necessárias ao seu julgamento, um dos ministros solicitou a retirada do processo da pauta para julgamento, afirmando que só o faria se permitissem que ele negociasse com o Poder Executivo e tivesse “carta branca” para decidir, alegando que ninguém poderia negociar com o Poder Executivo se não tivesse poder de decisão. Assim, o ministro Nelson Jobim afirmou que a “carta branca” seria a concordância e homologação pelos demais ministros de toda decisão que tomasse no caso (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 210-212).

No exemplo acima é possível notar duas manifestações de poderes: de um lado o presidente do tribunal e, do outro, o relator do processo. No entanto, a figura do relator do processo é mencionada apenas nesse caso para demonstrar a negociação existente para o presidente chamar ou não um caso à votação, uma vez que, após o ministro relator do processo fazer o pedido para incluir ou retirar o processo de pauta para julgamento, é o presidente do tribunal que decide o melhor momento para chamá-lo a julgamento. O caso mencionado pelo ministro Nelson Jobim representa uma estratégia do relator para convencer o presidente do tribunal a homologar suas preferências.

Nesse sentido, a figura do presidente do tribunal passa a ganhar especial relevo dentro deste quadro entendido como “atos preparatórios para as sessões às portas abertas” ao se tornar responsável por administrar e representar o tribunal perante não apenas os que o elegeram, mas todo o Poder Judiciário brasileiro. No tópico seguinte, então, serão destacados trechos de entrevistas que fazem referência ao exercício da Presidência do Supremo, sempre relacionando ao seu impacto no exercício do colegiado às portas abertas, destacando contribuições, influências, interferências diretas e indiretas à realização de uma sessão plenária de julgamento.

VI. QUARTA DIMENSÃO: A GESTÃO DO PROCESSO PELO PRESIDENTE

Personagem constantemente mencionado nas entrevistas até aqui colacionadas, a competência do Presidente do Supremo vem se redesenhando ao longo principalmente dos últimos anos. Com o protagonismo judicial na vida política e social, o órgão máximo do Poder Judicial brasileiro tem alcançado maior visibilidade no cenário nacional, associado sempre a figura de seu presidente, responsável por administrar o tribunal e representar não apenas os ministros que o elegem, mas toda a magistratura nacional, conforme veremos a seguir. O Presidente do Supremo, em tempos de participação constante na vida política e social do tribunal na sociedade brasileira, tem sido o responsável por lhe dar voz perante quaisquer situações em que o órgão seja demandado, além de representar o Poder Judiciário nacional no

estabelecimento de relações com os demais poderes da República e até mesmo ocupando lugar na ordem de sucessão ao cargo de Presidente da República.

Além de todas as competências já descritas, existem diversas outras funções fundamentais ao Presidente do Supremo, principalmente em relação à organização do plenário. Em texto escrito em co-autoria com Fernando Fontainha, destaco algumas características capazes de atribuir especial atenção a esse personagem:

Além das já mencionadas, novas práticas estão sendo institucionalizadas a partir da prerrogativa que o presidente possui em guardar os procedimentos da corte, como: (i) alterar o sistema de colheita de votos – em casos determinados pelo próprio presidente, primeiro garante-se o livre debate do tema a partir dos apontamentos feitos pelo relator e, apenas se houver divergência, são colhidos os votos dissonantes; (ii) interpretar o quórum para apreciação dos processos em pauta – para apreciar uma ADI, o quórum mínimo é de oito ministros presentes no prédio destinado às sessões de julgamento ou no espaço destinado a manifestarem seus votos?; (iii) administrar conflitos a partir da convocação de intervalo em momentos de acaloradas discussões; (iv) permitir que sustentações orais e manifestações de voto ocorram em sessões de julgamento diferentes, dentre outras posturas.⁹

Esse constante redesenho institucional é feito também pelo lado de fora do plenário, não sendo visivelmente notado pelos telespectadores que apenas assistem as sessões de julgamento indo ao plenário ou por intermédio da TV Justiça. Tentando também suprir um déficit em relação a esse aspecto do exercício das funções de presidente do Supremo, o tópico a seguir demonstrará algumas das funções exercidas pelo presidente para não apenas organizar o tribunal, mas principalmente permitir a ocorrência das sessões plenárias ao mesmo tempo em que preserva a imagem do tribunal, liberdade de debates entre os ministros, diminuição de pressões sofridas por eles, a imparcialidade, a dignidade dos cargos...enfim, todos os elementos já mencionados no presente artigo e que os ministros consideram fundamentais à ocorrência das sessões de julgamento às portas abertas e o consequente exercício da colegialidade.

1. Organizando o plenário pelo lado de fora: o exercício da presidência no Supremo Tribunal Federal

Em todos os trechos das entrevistas aqui mencionadas, representativo das entrevistas analisadas em sua completude, não há referências à atuação do Presidente do Supremo nas sessões de julgamento às portas abertas. Todas as menções feitas ao presidente faziam referências às atuações fora do plenário, exemplificadas por

⁹ Disponível em: <<http://jota.info/judiciario-e-sociedade-os-donos-do-plenario>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

situações principalmente em que se manifestavam poderes. As ações que objetivavam administrar o tribunal – o que inclui possíveis conflitos de ideias que possam surgir entre os próprios ministros -, são visíveis nos relatos dos ministros entrevistados. Mas não o seriam para apenas aqueles que assistem às sessões de julgamento, por não transparecer essa sua forma específica de atuação. Um dos objetivos do presente tópico é demonstrar, de acordo com o narrado por alguns ministros, como o presidente do tribunal pode agir de modo a organizar o plenário não apenas de acordo com os ritos judiciários, mas também a partir de suas próprias preferências.

Nesse sentido, serão reconstruídas aqui algumas das competências e posturas dos ministros do Supremo a partir dos depoimentos orais concedidos ao projeto HOSTF. Ou seja, o objetivo não é esgotar cada uma das suas funções, mas ressaltar as que, para os próprios ministros, podem influenciar e estabelecer relações diretas ou indiretas com o passo seguinte à fixação da pauta de julgamento: o chamamento de um processo para manifestação de posicionamento e colheita de votos por parte de cada um dos ministros que compõem a corte. Assim, será demonstrado o empenho do presidente do tribunal à realização daquele considerado um dos principais ritos judiciários no Supremo Tribunal Federal: o exercício do colegiado.

Uma das principais funções a ser exercidas por um Presidente do Supremo é a de administrar o tribunal, adotando as medidas necessárias para melhor geri-lo, o que inclui dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias, zelar pela ordem e disciplina no tribunal, convocar audiência pública, representar o tribunal perante os demais poderes, dentre outras funções descritas dos arts. 12 a 14 do atual Regimento Interno do tribunal. Nos últimos anos, a partir do já mencionado protagonismo judicial na vida do cidadão, os trabalhos exercidos pelo presidente perante o tribunal tornaram-se ainda mais visíveis, sendo amplamente divulgados pela imprensa e lembrados até com satisfação pelos próprios ministros presidentes.

Por exemplo, durante o exercício da Presidência do Supremo, o ministro Néri da Silveira afirma ter trabalhado em prol da informatização do tribunal, desde a distribuição dos processos até a publicação dos acórdãos apreciados e julgados pelo Supremo. Ainda no exercício da presidência, o ministro afirma ter organizado vários encontros com presidentes de todos os tribunais do país para organizar a magistratura nacional e implementar nacionalmente o sistema informatizado nos tribunais, além da materialização do alcance da autonomia administrativa e financeira dos Tribunais de Justiça (FONTAINHA; DA SILVA; DOS SANTOS, 2015, p. 98-101). A informatização do sistema de Justiça também foi uma das preocupações do ministro Carlos Velloso enquanto ocupou o cargo de Presidente do Supremo (FONTAINHA; DE PAULA; NUÑEZ, 2015, p. 156-159).

Outra competência do Presidente do Supremo é o de chamar processos que estão em pauta de julgamento para serem apreciados e julgados pelos demais ministros do Supremo nas sessões de julgamento às portas abertas. No entanto, quem pede a inclusão ou retirada de processo nas pautas para julgamento são os ministros relatores que, após identificarem no processo todos os elementos necessários ao seu julgamento, solicitam ao Presidente do Tribunal que o processo seja incluído na pauta de julgamento (FONTAINHA; DA SILVA; DOS SANTOS, 2015, p. 111-112).

Ocorre que diversos processos são incluídos e retirados da pauta de julgamento diariamente, o que não garante que todos os processos inclusos em pauta sejam imediatamente chamados para julgamento pelo ministro presidente. Isto é, após a inclusão de um processo na pauta de julgamento, o ministro presidente possui liberdade de escolha para decidir quais processos serão chamados para julgamento e em que sessões. O referido poder pode ser manifestado de diferentes formas, vejamos algumas: inclusão estratégica de processo para julgamento após perceber um quórum qualificado de ministros para apreciar determinada demanda; aguardar que mais fatos relacionados ao processo ocorram para que ele seja apreciado; acelerar ou retardar julgamentos a partir de possíveis consequências oriundas de tomadas de decisões; retardar processos aguardando uma mudança de composição da corte ou construção de uma maioria, dentre outras questões.

Em resumo, o chamamento de processos em pauta para julgamento representa um dos mais visíveis poderes manifestados pelo Presidente do Supremo. E tentando modificar algumas das consequências do exercício desse poder, o ministro Nelson Jobim afirma ter criado a chamada pauta temática que, segundo o próprio, teria acelerado julgamentos, aumentado o estudo prévio de ministros acerca dos processos e questões discutidas nas sessões de julgamento e, conseqüentemente, diminuído os pedidos de vista (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 216-218).

Para o ministro Nelson Jobim, essa era uma forma de diluição de poderes, o que foi bem visto por permitir uma maior preparação dos ministros para enfrentamento de questões complexas nas sessões de julgamento, além de representar uma forma de aproximação maior dos ministros com o presidente do tribunal. Demonstrando essa maior aproximação do Presidente com os ministros do Supremo, Nelson Jobim destaca também que quando diante de um “assunto difícil”, procedia a “conversas individuais” com seus pares, a fim de buscar solidariedade no pleito que estava buscando. Apenas após a construção da maioria que o ministro procedia à realização de reuniões, apenas para aprovar o que já havia sido antes negociado. Como exemplo do evento descrito, o ministro Nelson Jobim cita a negociação feita para aprovar os indicadores de custo, valor, dentre outros, criados enquanto Presidente do Conselho Nacional de Justiça (FONTAINHA *et al.*, 2016, p. 223-224).

A postura de busca pelo estabelecimento de um diálogo parece ser uma das que agradam os próprios ministros do Supremo, que além de destacar o seu lado positivo, nos depoimentos orais concedidos afirmam que é também de competência do ministro presidente administrar os conflitos existentes no tribunal por meio de uma maior aproximação e, sobretudo, do estabelecimento de diálogos. Essa é uma postura que ministros do Supremo prezam que faça parte inclusive dos próximos presidentes do Tribunal. Em entrevista concedida pelo ministro Luiz Fux, há o destaque de algumas posturas que deveriam ser comuns aos Presidentes do Supremo, como construir diálogos e diminuir os conflitos gerados tanto pelo isolamento dos ministros quanto dos estimulados pela imprensa (FONTAINHA; VANNUCCHI; NUÑEZ, 2016, p. 91-92).

O exercício do cargo de Presidente do Supremo é um dos momentos que encerra o ciclo descrito pelos ministros que foram entrevistados considerados como atos ou fatos que antecedem a sessão de julgamento, como identificar o quórum mínimo de abertura

da sessão, fixar pauta dos julgamentos que serão chamados para serem apreciados e preservar os ritos judiciais utilizados como organizadores do espaço institucionalmente criado para ministros discutirem e deliberarem a respeito de casos e questões que sejam demandados.

Nesse tópico, foram destacadas posturas, perfis de um Presidente do Supremo, além de formas em que é exigido a manifestar seus poderes. Ao mesmo tempo em que pode manifestar com liberdade os poderes que possui, alguns ministros entendem que diluir seus próprios poderes podem ser considerados medidas hábeis ao estabelecimento de um diálogo e construção da confiança, elementos considerados importantes pelos próprios entrevistados para o exercício do cargo de Presidente do Supremo. No próximo tópico, será apresentado um mapeamento de fases e categorias que melhor ilustrariam todos os momentos até aqui descritos. E, uma vez que parece encerrado o percurso necessário à chegada das sessões de julgamento às portas abertas, é também coerente compreender o modo como ministros entrevistados enxergam os eventos ocorridos nas sessões de julgamento às portas abertas (DOS SANTOS, 2017).

VII. ORGANIZANDO CATEGORIAS NARRATIVAS E MAPEANDO O DISSENSO: TRAÇANDO PERCURSOS ATÉ A SESSÃO DE JULGAMENTO

A pesquisa até aqui desenvolvida apresenta uma peculiaridade: a inclusão de trechos de entrevistas que, somados, podem gerar algum desconforto em relação tanto à sua quantidade quanto ao espaço que cada uma delas ocupa no texto. No entanto, a opção em manter essa estrutura se justifica em dois importantes aspectos. O primeiro deles refere-se à utilização de uma fonte primária de pesquisa. A opção em colacionar os trechos de entrevistas, além de considerações a seu respeito acrescidas de remissões ao local de onde foi extraída, representa a demonstração do modo como os sujeitos da pesquisa estruturam o seu discurso; lembrando que foi feita uma seleção de trechos representativos dos momentos a que os ministros estavam fazendo referência em seus depoimentos orais.

O outro aspecto refere-se ao modo como os entrevistados estruturam o raciocínio utilizando-se de categorias narrativas. É um dos objetivos do presente artigo é também demonstrar que categorias são utilizadas pelos sujeitos da pesquisa para fazer referência a fenômenos sócio-jurídicos capazes de sintetizarem situações e, sobretudo, ampliar o poder explicativo acerca de determinados atos ou fatos. Assim, os trechos das entrevistas aqui colacionados justificam-se também na necessidade de explicitar que categorias são utilizadas pelos entrevistados para descrever, rotular, explicar momentos que podem apresentar alguma significação à construção do raciocínio aqui iniciado: identificar um dos percursos possíveis para que o ministro conduza um processo até alguma das sessões de julgamento no tribunal.

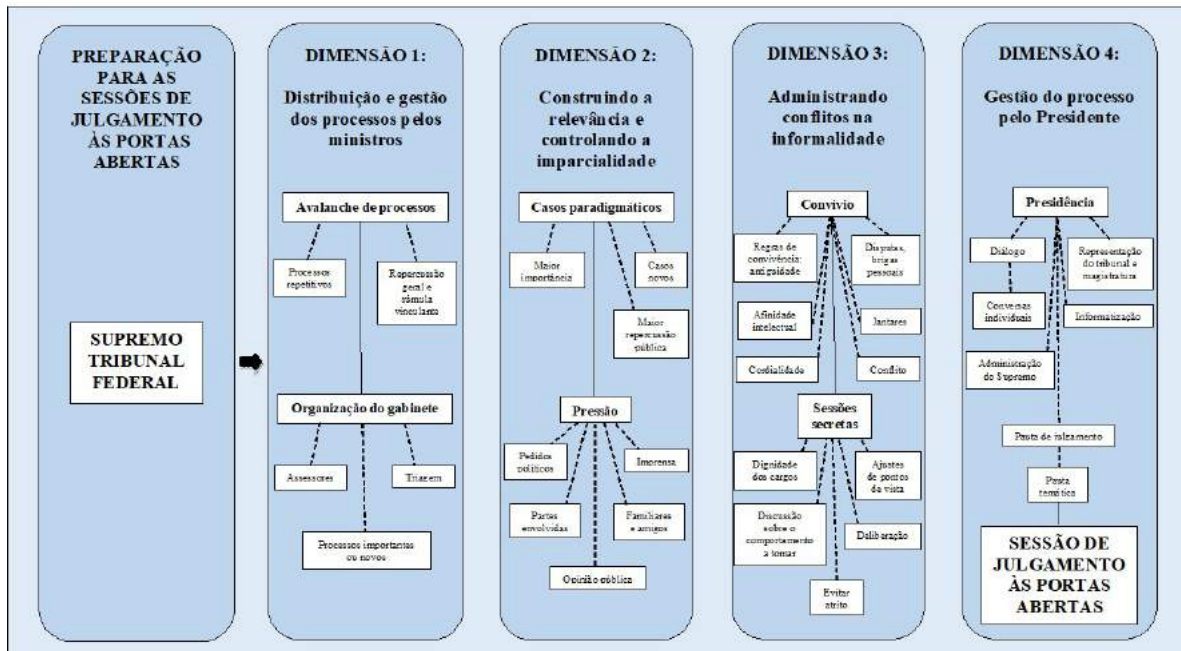


Nos tópicos anteriores, além de organizar visões dos entrevistados acerca de determinados momentos, buscou-se estabelecer conexões entre esses momentos, a partir principalmente do explicitado nos depoimentos orais dos ministros entrevistados. E por meio da leitura dos referidos trechos, foi possível identificar que categorias são utilizadas para fazer referência aos momentos que os entrevistados descrevem. Após a identificação das categorias, elas foram organizadas de modo a representar momentos e dispostas em sequência a fim de destacar algumas possíveis fases de um percurso cujo destino é a composição e participação de uma sessão de julgamento.

O resultado foi a criação do que se aproxima do chamado mapa conceitual¹⁰ (TAVARES, 2007, p. 74; AUSUBEL, 2003, p. 166), mas se distinguindo dele por se tratar da composição e demonstração de categorias narrativas e, portanto, representar uma análise empírica do discurso. De forma bem resumida, o “mapa” está disposto em momentos, chamados aqui de dimensões, destacando não se tratar de fatos descritos de forma sequencial. Sendo assim, as categorias “principais” (capazes de sintetizar ou rotular momentos) estão dispostas em letra maior e em negrito, estabelecendo conexões por meio de uma linha sólida. As categorias manifestadas pelos entrevistados estão em letras menores, sem o negrito e conectadas por uma linha tracejada representam ideias ou conceitos subsidiários surgidos a partir da explicitação dos conceitos principais. O objetivo é tão somente organizar o conteúdo do que até aqui foi exposto, conforme será visto a seguir:

Figura 1 – Mapeamento da produção de uma decisão judicial no supremo

¹⁰ Segundo Tavares (2007, p. 72), “é uma estrutura esquemática para representar um conjunto de conceitos imersos numa rede de proposições. Ele é considerado como um estruturador do conhecimento, na medida em que permite mostrar como o conhecimento sobre determinado assunto está organizado na estrutura cognitiva de seu autor, que assim pode visualizar e analisar a sua profundidade e a extensão. Ele pode ser entendido como uma representação visual utilizada para partilhar significados, pois explicita como o autor entende as relações entre os conceitos enunciados.”



Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme foi possível notar, a preparação para a composição e participação de uma sessão de julgamento às portas abertas apresenta algumas particularidades. Um dos possíveis caminhos que permita a sua compreensão refere-se ao momento em que o ministro se depara com uma quantidade não esperada de processos em seu gabinete, dentre os herdados de seu antecessor, passando pelos pedidos de vista, até os que lhes são distribuídos diariamente, e identifica a necessidade de organizar ali a sua força de trabalho. Momento diverso refere-se à possibilidade de criação de mecanismos para lidar com as pressões que sofrem para apreciar casos considerados importantes. Alguns ministros associam o aumento das pressões recebidas nos julgamentos desses casos importantes à aproximação maior do tribunal e seus membros da mídia, imprensa e opinião pública, o que, por outro lado, ressalta e torna mais clara a inexistência de proximidade entre os ministros do Supremo. Apesar da cordialidade com que se tratam, a inexistência de proximidade entre os ministros acaba resultando na criação de disputas, brigas pessoais e, conseqüentemente, conflito. O que pode contribuir para que não discutam sobre trabalho (o que inclui pontos de vista, votos, dentre outros) fora do ambiente institucionalmente criado para tanto: as sessões de julgamento às portas abertas. Para melhor administrar os conflitos existentes, diversos mecanismos são criados, quase sempre na informalidade (considerada aqui principalmente como aspectos não institucionais), como a discussão sobre casos específicos em sessões secretas, isto é, às portas fechadas. Nesse contexto, surge um personagem a que os ministros fazem constantemente referência quando diante de situações que façam ressaltar a existência de conflitos: o presidente do tribunal que,

além de convocar e presidir as sessões secretas, tem a competência para chamar processos em pauta para julgamento para apreciação do colegiado.

Os percursos acima parecem destacar caminhos possíveis à chegada na sessão de julgamento às portas abertas, o que não significa que não existam outros. Os caminhos aqui descritos representam apenas os que os ministros atribuíram maior destaque em suas entrevistas, atentando para o dado que, pelo esforço empenhado, esses podem ser reconhecidos como alguns dos percursos que os entrevistados gostariam que fossem notados. De todo modo, eles são representativos de formas específicas de organização de saberes não antes relatados ou observados, capazes de destacar eventos que podem exercer influências sobre alguns fenômenos sócio-jurídicos de interesse da presente pesquisa.

VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE AS ENTREVISTAS ANALISADAS PODERIAM NOS REVELAR?

Em um primeiro momento, a pesquisa aqui produzida se utilizou de fontes criadas pelos depoimentos orais dos ministros entrevistados no curso do projeto HOSTF para demonstrar como ministros fazem referência e enxergam procedimentos, dinâmicas necessariamente produzidas para o alcance das sessões de julgamento ocorridas a portas abertas. A partir dos destaques por eles atribuídos, buscou-se estabelecer caminhos a serem percorridos até as sessões de julgamento, desde a chegada de um processo nos gabinetes até o chamamento desse mesmo processo pelo Presidente da Corte para sua apreciação e julgamento pelos demais ministros.

No curso desse processo, foi inevitável a identificação de algumas diferentes dimensões que permitam compreender como um processo chega à sessão de julgamento, sendo organizados da seguinte forma: Dimensão 1 – Distribuição e gestão dos processos pelos ministros; Dimensão 2 – Construindo a relevância e controlando a imparcialidade; Dimensão 3 – Administrando conflitos na informalidade; e Dimensão 4 – Gestão do processo pelo Presidente. Na chamada primeira dimensão, foram abordadas duas vertentes: uma do ministro recém-chegado se deparando com a quantidade de processos com que teria que lidar diariamente em sua nova função; e outra a respeito da chegada constante de processos no gabinete, hipótese em que o ministro seria estimulado a agir como gestor, buscando criar meios para melhor gerir a sua força de trabalho juntamente das atividades a serem desempenhadas. Uma das atividades/posturas dos ministros que auxiliam nesse processo é a triagem dos processos, momento em que se identifica quais processos são considerados importantes e quais representam demandas já passadas e repetidas. É no curso dessa atividade que os ministros identificam as chamadas pressões por julgamento.

A segunda dimensão identificada revela a relação estabelecida entre ministros e a mídia, imprensa e opinião como uma medição de forças. Se por um lado, os ministros revelam sofrer diferentes pressões por mais celeridade na apreciação de determinadas demandas e até mesmo por tomadas de certas decisões; por outro, os ministros buscam desenvolver meios e práticas capazes de preservar a sua imparcialidade e, conseqüentemente, a legitimidade do exercício da profissão que possuem. No entanto, o estabelecimento de uma relação de proximidade com a mídia, imprensa e opinião

pública tornou mais clara uma situação bastante comentada pelos ministros em seus depoimentos pessoais: o convívio isolado dos ministros do Supremo, quer seja no ambiente de trabalho ou fora dele. O que demonstra a inexistência de diálogos, laços de amizade ou quaisquer outros meios capazes de facilitar o convívio e impactar nas dinâmicas de trabalho que possuem, como: conversarem sobre casos, trocarem votos ou discutirem posicionamentos antes da ocorrência da sessão de julgamento.

A situação acima evidenciada permite o ingresso na terceira dimensão do mapeamento aqui produzido: a identificação de isolamentos, falta de diálogos e a necessidade de administração dos conflitos delas proveniente. Nessa fase, foi demonstrado o estabelecimento de uma associação feita por parte dos ministros entre o convívio isolado e o surgimento de alguns conflitos, o que ocorre em diferentes épocas no Supremo. E uma das medidas criadas institucionalmente para melhor gerir esses conflitos foi a chamada por alguns de “sessões secretas”, ou melhor, sessões a portas fechadas. Essa medida era adotada quando diante de casos de grande repercussão ou de aparente complexidade e era convocada para diferentes fins: desde combinar determinadas posturas nas sessões a portas abertas até deliberarem a respeito de determinadas demandas. E o personagem que ganha destaque principalmente nesse momento é o Presidente do Supremo, responsável por convocar, organizar e presidir as ditas sessões.

O Presidente do Supremo, então, surge como um dos administradores do conflito, exercendo sua função por meio da manifestação de poderes que possui ao assumir o cargo representativo não apenas de seus colegas julgadores no Supremo, mas de toda a magistratura nacional. Assim, é dado início à última dimensão, chamada de “gestão do processo pelo Presidente”, oportunidade em que são apresentadas algumas das funções exercidas pelo Presidente do Supremo antes da ocorrência das sessões às portas abertas e que podem impactar direta ou indiretamente nas dinâmicas ali ocorridas. Nessa fase, uma das mais comentadas manifestações de poderes pelos ministros entrevistados refere-se à pauta de julgamento, momento em que o ministro presidente, a partir dos processos ali inseridos, seleciona quais serão chamados a julgamento pelos ministros que compõem a corte, entendido como um dos últimos atos ou fatos ocorridos, relatados nas entrevistas, antes da abertura da sessão de julgamento a portas abertas.

Muito embora as questões aqui trazidas reflitam práticas, incluindo variadas descrições de ações apresentadas pelos próprios sujeitos da pesquisa, as ações aqui descritas não foram identificadas a partir da observação e interação com os atores. A presente pesquisa apresenta algumas práticas identificadas no discurso desses atores, cujo objetivo sequer era o de descrevê-las, mas apresentar narrativas a respeito da história institucional do Supremo a partir de seu envolvimento com a instituição. E a partir da identificação de diversos trechos de entrevistas em que os atores faziam menção à existência de práticas que antecederiam a realização das sessões de julgamento a portas abertas, buscou-se agrupar tais referências atribuindo-lhes sentidos capazes de destacar possíveis ações responsáveis também por preparar a realização dessas sessões. O que nos remete também a noção de “bastidores” (*backstage*) apresentada por Goffman (1975) ao fazer referência às relações regionais, podendo ser compreendidas

como aquelas que ocorrem em “qualquer lugar que seja limitado de algum modo por barreiras à percepção” (Goffman, 1975, p. 101).

Goffman (1975) distingue três tipos de regiões que coexistem: a região de fachada, a região dos bastidores (também chamada de região de fundo) e a região do exterior. O presente artigo é capaz de demonstrar a região dos bastidores - entendida como aquela onde, afastadas dos olhos da plateia, ocorrem práticas cujo objetivo é a preparação da prestação do serviço, ou nas palavras do autor, a preparação da execução da representação (1975, p. 102). A representação a que faço menção refere-se à metáfora teatral de Goffman, em que cada pessoa representa um “eu” para cada interação por ela estabelecida. O que permite que, em cada interação socialmente estabelecida, a pessoa, ao mesmo tempo representa um “eu”, também esconde outro, cujo objetivo seria não distorcer ou embaraçar seu propósito caso o mesmo fosse revelado. Para Goffman (1975, p. 67):

O indivíduo influencia o modo que os outros o verão pelas suas ações. Por vezes, agirá de forma teatral para dar uma determinada impressão para obter dos observadores respostas que lhe interesse, mas outras vezes poderá também estar atuando sem ter consciência disto. Muitas vezes não será ele que moldará seu comportamento, e sim seu grupo social ou tradição na qual pertença.

E na região dos bastidores, os ministros podem imprimir ritmos próprios e específicos de trabalho a ponto de se descontraírem e, sobretudo, abster-se de representar e sair do personagem que teria que representar na sessão de julgamento às portas abertas. É possível citar como exemplo o jogo realizado pelo ministro Luiz Fux com seus assessores dentro do gabinete em que afirma que ganharia aquele que apresentasse o melhor argumento e o convencesse (FONTAINHA; VANNUCCHI; NUÑEZ, 2016, p. 115-117). Situação diversa a ocorrida na sessão de julgamento, podendo ser entendida como aquela em que o ministro apresenta maior vigilância em sua representação.

Segundo Goffman, a região dos bastidores é capaz de representar uma passagem à chamada região da fachada, local onde a representação é executada. Na presente pesquisa, a região da fachada deve ser entendida como a sessão de julgamento a portas abertas, local onde as interações que interessam à presente pesquisa acontecem. Isto é, enquanto nos bastidores é possível identificar uma dimensão organizacional, na região da fachada as atividades são orientadas principalmente à comunicação face a face. E, devido à dificuldade em se realizar pesquisa que tornasse possível observar e descrever as ações identificadas nos depoimentos orais dos ministros entrevistados e aqui transcritas optou-se por organizá-las de modo a oferecer noções acerca das variadas dimensões que o processo de preparação dos ministros à atuação em uma sessão de julgamento a portas abertas pode ter.

Todos os caminhos aqui percorridos não têm por objetivo revelar momentos ou fases seguidas até a suposta apreciação e julgamento de um processo, mas organizar o modo como os ministros do Supremo transparecem suas ideias para registrar a forma como desejam que as práticas aqui destacadas sejam notadas. Nesse sentido, o

presente artigo é capaz de destacar diferentes modos que os atores que reivindicam exercer a colegialidade gostariam que ela fosse compreendida.

Assim, o presente texto representa apenas algumas dimensões do percurso até à chegada de um processo às sessões de julgamentos a portas abertas, mas já se torna suficiente para atribuir reflexões ao seguinte problema de pesquisa: “como os juízes decidem?”. O artigo apresenta diversas situações que, além de não serem levadas em consideração na busca de resposta ao problema de pesquisa formulado, somente são observáveis e vividas pelos próprios atores e sujeitos da pesquisa: os ministros do Supremo (e sua equipe de trabalho em determinadas situações). O que demonstra tornar complicada a atribuição de resposta ao problema de pesquisa aqui transcrito. Na literatura, sobretudo jurídica, existem diversos autores clássicos e contemporâneos que buscam responder a indagação a partir de análise jurisprudencial ou aplicação de sofisticadas teorias que buscam aumentar o poder explicativo dos comportamentos dos magistrados. No entanto, elas não são capazes de alcançar diversos momentos aqui narrados pelos próprios ministros, tornando ainda mais difícil o alcance de respostas à indagação aqui reproduzida.

Diante das reflexões aqui apresentadas, surge a necessidade de reformulação do problema de pesquisa aqui transcrito e investigado por um grande número de professores e pesquisadores. Isso porque, o modo como as decisões são construídas podem não refletir como os juízes decidem. As perguntas podem ainda não estar refletindo as investigações conduzidas por quem o encara como um problema de pesquisa, considerando que a indagação aqui lembrada se aproxima de uma análise de fundamentação das decisões, o que difere do problema de pesquisa proposto. Diante do contexto aqui descrito, mais importante do que responder perguntas e “resolver” problemas de pesquisa é a escolha adequada, refletida, das perguntas que conduzirão os atos na pesquisa.

E o proposto por este artigo não é apenas uma reformulação desses problemas de pesquisa, mas a compreensão do que cada material ou método utilizado para pesquisa possa nos oferecer. É o potencial revelado pela pesquisa ora apresentada é o de atribuir destaque a uma forma peculiar a respeito do modo como os atores de pesquisa gostariam de ser vistos e lembrados, fazendo registros que se tornaram fontes históricas de pesquisa a respeito de uma instituição judiciária a partir de seu próprio protagonismo.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, V. **Manual de história oral**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

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



AUSUBEL, D.P. **Aquisição e Retenção de Conhecimentos: Uma Perspectiva Cognitiva**. Lisboa: Plátano Edições Técnicas, 2003.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, p. 557-584, 2013.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História Oral do Supremo [1988-2013]**, v. 1: Rafael Mayer. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. **História Oral do Supremo [1988-2013]**, v. 2: Aldir Passarinho. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v. 3: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; DE ALMEIDA, Fabio Ferraz. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v. 4: Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Lemos de; e SATO, Leonardo Seiichi Sasada. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v. 5: Sidney Sanches. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; GUIMARÃES, Fabrícia. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.6: Célio Borja. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DE PAULA, Christiane Jalles; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.7: Carlos Velloso. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues da; e DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.8: Néri da Silveira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DE PAULA, Christiane Jalles; GUIMARÃES, Fabrícia; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v. 09: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael; ACCA, Thiago dos Santos. **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.10: Eros Grau. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

FONTAINHA, Fernando de Castro; VANNUCCHI, Marco Aurélio; DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

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

FONTAINHA, Fernando de Castro; DE PAULA, Christiane Jalles; ALMEIDA, Fábio Ferraz. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.13: Moreira Alves. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; e ALMEIDA, Fábio Ferraz. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.14: Ilmar Galvão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael. **História oral do Supremo [1988-2013]**, v.15: Francisco Rezek. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 1975.

LEWANDOWSKI, Andressa. O Direito em última instância. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília para obtenção do título de Doutor em Antropologia, 2015.



MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas". **Rev. Sociol. Polit.**, v. 20, n. 44, p. 139-153, 2012.

PRADO, Mariana; TURNER, Claudia. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, 2009.

DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, 2017.

SILVA, Jeferson Mariano. Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997). Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciência Política do IESP-UERJ, 2016, 401p.

TAVARES, Romero. Construindo mapas conceituais. **Ciências & Cognição**, v. 12: 72-85, 2007. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org/>>. Acesso em 06 nov. 2016.

VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2015, 416p.



O QUE AS MOBILIZAÇÕES BRASILEIRAS OCORRIDAS EM 2013 TÊM A VER COM O CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO?

HOW DO BRAZILIAN MOBILIZATIONS OCCURRED IN 2013 RELATE TO LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM?

LÍVIA COPELLI COPATTI¹

RESUMO: O estudo busca compreender o constitucionalismo democrático brasileiro e o novo constitucionalismo latino-americano, com a análise sobre as mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 e a possível relação que se pode estabelecer entre estas e o constitucionalismo latino-americano. Para isso desenvolve-se a análise do constitucionalismo democrático brasileiro, ressaltando a evolução do Estado e a concretização da democracia pela Constituição Federal de 1988, com destaque para a abertura à participação social. Também, extremamente importante para o objetivo é a análise do novo constitucionalismo latino- americano, com especial atenção para as características e aspectos mais marcantes da ruptura com o processo colonizador europeu, como o reconhecimento da diversidade, o estabelecimento de um Estado plurinacional e plural- participativo. Ao final, a análise centra-se nas manifestações sociais ocorridas no Brasil em 2013 e na relação com aspectos do novo constitucionalismo latino-americano, em especial o processo de democratização, a diversidade e a participação. Com isso, é possível compreender que as mobilizações sociais de 2013 estão relacionadas com o novo constitucionalismo latino-americano, especialmente pela luta pelos direitos fundamentais e o desejo de participar das decisões públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Democracia. Brasil; América Latina.

ABSTRACT: The study aims to understand the Brazilian democratic constitutionalism and the new Latin American constitutionalism, with its analysis of the social mobilizations that occurred in Brazil in 2013 and the possible relationship that can be

¹ Doutora em Direito. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e Professora da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Campus Passo Fundo. E-mail: livia_dto@yahoo.com.br.



established between these and the Latin American constitutionalism. For that develops the analysis of the Brazilian democratic constitutionalism, emphasizing the evolution of the state and the realization of democracy by Federal Constitution of 1988, highlighting the openness to social participation. Also extremely important for the goal is the analysis of the new constitutionalism Latin - American, with special attention to the features and most striking aspects of the process break with European settlers, such as the recognition of diversity, the establishment of a multinational state and plural - participatory. Finally, the analysis focuses on the social manifestations occurred in Brazil in 2013 and in relation to aspects of the new Latin American constitutionalism, in particular the process of democratization, diversity and participation. This makes it possible to understand that social mobilizations of 2013 are related to the new Latin American constitutionalism, especially the struggle for fundamental rights and the desire to participate in public decisions.

KEYWORDS: Constitutionalism; Democracy; Brazil. Latin America.

I. INTRODUÇÃO

A discussão posta no presente trabalho tem assumido um lugar mais presente nos ambientes acadêmico, econômico, jurídico e social nos últimos anos, principalmente diante de uma nova visão que se passou a ter da América Latina, em especial, a América do Sul.

Os países que por longos anos experimentaram regimes ditatoriais agora recebem atenção e olhares surpresos sobre aquilo que trazem como inovação em seus textos constitucionais, principalmente no tocante aos direitos fundamentais dos seus povos, reconhecidos pela plurinacionalidade e também, pela abertura dada à participação social, sendo chamados então, de “o novo constitucionalismo latino-americano”.

Inseridas nesse contexto de novidade estão as mobilizações sociais ocorridas no Brasil em meados de 2013, representando uma superação dos canais institucionais postos à disposição da sociedade para participação social e uma inconformidade com as mazelas nacionais na concretização de direitos.

Para compreender como essas manifestações sociais de 2013 podem ter relação com o novo constitucionalismo latino-americano, o trabalho está estruturado em três momentos, iniciando-se pela análise do constitucionalismo democrático brasileiro, desde a formação do Estado e as primeiras Constituições até a Constituição Federal de 1988, com a abordagem sobre a democracia representativa e a participativa. Na sequência, o estudo está focado no novo constitucionalismo latino-americano e a sua evolução, com o destaque para os países da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador.

Ao final, busca-se estabelecer a possível relação entre as mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 e o novo constitucionalismo latino-americano, partindo de

uma contextualização das mesmas, passando inclusive por aspectos do constitucionalismo democrático participativo brasileiro.

Dessa forma, o estudo busca compreender o constitucionalismo democrático brasileiro e o novo constitucionalismo latino-americano, lançando-se uma análise mais complexa sobre as mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 e a possível relação que se pode estabelecer entre estas e o constitucionalismo democrático brasileiro e, em especial, latino-americano.

II. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A evolução estatal e social permite verificar que diversos fatores foram essenciais para chegar ao estágio atual, considerando-se fatores culturais, econômicos, políticos e sociais, sendo motivo de estudos e debates contemporâneos.

É notório que com a chegada dos colonizadores europeus muitas transformações ocorreram no território brasileiro, principalmente porque o objetivo da presença dos portugueses era comercial, em busca de riquezas que pudessem ser exploradas, inclusive com a mão de obra dos índios e dos escravos que eles mesmo haviam trazido e, depois, remetidas à Europa.

Assim, com o passar dos tempos foram surgindo formas de Estado desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, até chegar ao Estado Moderno, que assume maior expressão e relevância para o estudo.

Na Antiguidade, a cidade era o centro de todos os poderes e na Idade Média o que preponderava era o sistema feudal. Ao final da Idade Média, aparecem as primeiras noções de Estado Moderno que surge em decorrência da perda de espaço e poder da sociedade política medieval, dando ao Absolutismo o *status* de primeira versão de Estado Moderno.

Era comandado pelo soberano ou monarca, mostrando os primeiros traços de soberania, vinculada ao monarca, que se apresentava como se fosse uma divindade e que avocou todo o poder para si, afinal era o soberano e poderia usar do poder e da força (STRECK; DE MORAIS, 2012, p. 39-56).

A referência ao poder do soberano é trazida por Bonavides quando destaca que a soberania foi a coluna de sustentação do Estado Moderno, mas no sentido de “Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo” (BONAVIDES, 2003a, p. 22). Nesse sentido, o povo era praticamente invisível, não tendo qualquer voz perante o soberano.

O poder repassado ao soberano servia como substituição da força individual pela força coletiva, bem como para a segurança do povo. Assim, essa concepção de poder nasce contemporaneamente ao Estado soberano, de forma que o nascimento do Estado Moderno ocorre com a sua sobreposição à vontade dos indivíduos (BARRETTO, 2012, p. 25-26).

Nesse processo de construção do Estado Moderno a nobreza feudal passou a conviver com a burguesia e o rei, tendo este, o poder sobre os senhores feudais e a companhia mais constante da burguesia, que desejava a sua proteção.

Assim, desenvolve-se o capitalismo pela necessidade de proteção da burguesia pelo rei para crescer, representando a figura do Estado e, também, é nesse período que ocorre a expansão nacional. A partir daí começam a se desenvolver as bases para o constitucionalismo, pois com o desenvolvimento da burguesia, a nobreza passa a se sentir prejudicada e busca segurança no poder político, conquistado com as revoluções burguesas (DE MAGALHÃES, 2010, p. 88).

Com a queda da Bastilha ocorreu formalmente o fim da era do Absolutismo, ressurgindo a emancipação política e civil, a redenção das classes sociais, e o nascimento do poder do povo e da Nação. Então, com as mudanças ocorridas superou-se o Estado Absolutista pelo Estado Constitucional, fazendo o “direito da força ceder à força do Direito” (BONAVIDES, 2003a, p. 28).

Conforme refere Barroso, o constitucionalismo significa “limitação do poder e supremacia da lei [...]. O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira”. Isso se justifica, segundo o autor, pela inexistência de Constituição escrita, como no caso do Reino Unido em que o sistema jurídico é o *Common Law* e as ditaduras dos países latino-americanos que vigoraram por longos anos, sendo necessário, então, que haja adesão do povo à Constituição, legitimando-a (BARROSO, 2011, p. 27).

O primeiro momento do Estado Constitucional é formado pelo constitucionalismo liberal, que prezava pela segurança e nada melhor que isso ocorresse pela Constituição, lei maior que o Estado. Esse constitucionalismo tinha como norte a limitação do poder estatal para o pleno desenvolvimento do âmbito privado, já que dentre seus valores estavam a liberdade individual e a propriedade privada, direcionadas para a estabilidade econômica (DE MAGALHÃES, 2010, p. 89).

Streck e Bolzan de Moraes (2012, p. 61) explicam que o liberalismo foi uma teoria contra o Estado, pois seus interesses eram apenas voltados para o indivíduo e suas riquezas e iniciativas. Assim, o Estado servia apenas garantir a ordem e a segurança, de forma que só interviria se houvesse algum conflito que demandasse um juízo imparcial. Era um papel negativo o exercido pelo Estado.

E acerca das concepções liberais de governo constitucional, refere Wood:

Não foram democráticas em seus objetivos nem em suas consequências, representando reivindicações saudosistas a um pedaço da antiga soberania parcelizada do feudalismo, não uma reivindicação progressista a uma ordem política democrática mais moderna. E a associação dessas ideias com o senhorio persistiu por longo tempo, até bem depois da morte do feudalismo. (WOOD, 2003, p. 197)

É importante ressaltar que as Constituições liberais não se aproximavam da concepção democrática e da soberania do povo conhecida atualmente, principalmente pela valoração do privado em detrimento do público e pelo estabelecimento de que apenas certas parcelas da população tinham direito ao voto, chamado de censitário.

Ressalta-se que o liberalismo trouxe impactos na vida das pessoas, principalmente porque mudou a estrutura econômica, social e política europeia e, no que tange ao

sufrágio, com a sua ampliação, começam a surgir os partidos políticos, com a presença cada vez mais constante do sistema representativo.

Ao final do século XIX iniciou-se o processo de transformação do Estado liberal pelas ações dos movimentos sociais de operários, que eram oprimidos e explorados nas fábricas. Essas primeiras iniciativas dos trabalhadores foram o estopim para a efetiva superação da concepção liberal de Estado por outro modelo estatal, mais preocupado com as questões sociais e direitos fundamentais nascendo, então, o Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* e o caminho para o constitucionalismo democrático que viria a se consolidar no Século XX.

Portanto, o Estado Constitucional de Direito tem vários momentos, caracterizado, pela hierarquia legal e, também, por direitos fundamentais inerentes a cada contexto histórico, passando por três fases²: liberal, social e democrático (STRECK; DE MORAIS, 2012, p. 92-94).

A primeira fase é inerente ao nascedouro do Estado de Direito e sua vinculação ao liberalismo, com o marco da legalidade, da divisão de poderes e resguardo de direitos individuais. A segunda fase traduz-se pela inclusão de direitos sociais e pela exigência de prestação positiva do Estado, superando a visão de legalidade liberal de limitação estatal pela legalidade como instrumento de ação. Por fim, ao lado das fases anteriores, a fase democrática surge da busca pela igualdade, ainda associada à legalidade, e também pela necessidade de transformação da realidade, especialmente, possibilitando a participação pública nas decisões do Estado referentes às políticas públicas (STRECK; DE MORAIS, 2012, p. 94-106).

A partir do momento em que ocorre a superação do Estado Absolutista pelo Estado Constitucional, em qualquer de suas variáveis, passa a se desenvolver um contato maior entre Constituição e Democracia.

Superada a discussão acerca da evolução estatal, é determinante fazer-se uma análise do constitucionalismo brasileiro, especialmente os textos constitucionais e seu desenvolver histórico até chegar-se na Carta Constitucional de 1988, que representa o auge do constitucionalismo democrático.

Com Bonavides (2003a, p. 29) é possível retratar o constitucionalismo em três momentos principais: do Império, da Primeira República e do Estado Social, não significando que todos eliminaram por completo os influxos da fase anterior.

No Século XIX, os ideais liberais predominavam no Brasil, tendo sido no início de tal século que ocorreu a instalação da Monarquia portuguesa no País e que foi outorgada a Constituição Política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824 (BONAVIDES, 2003a, p. 29).

Essa Constituição recebeu influência da organização de poderes feita por Montesquieu, dividindo o Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário mas, ao final, com sua outorga, rompeu com a tripartição e adotou a repartição tetradimensional,

² Bonavides (2003a, p. 29) também retrata tal passagem e chama o Estado Liberal de Estado constitucional da separação de poderes, o Estado Social de Estado constitucional dos direitos fundamentais e, o Estado Democrático-Participativo de Estado Constitucional da Democracia participativa.

incluindo um quarto poder, chamado de Poder Moderador, concedendo amplos poderes ao Imperador e adotando, enfim, como regime político a Monarquia Constitucional hereditária (BONAVIDES, 2003b, p. 362-364).

Interessante notar que a Constituição de 1824 garantia direitos individuais e políticos e também trouxe deveres para os brasileiros, tendo incluído no capítulo a eles dedicados, o direito de resistência, dizendo que o brasileiro poderia se negar a executar uma lei que fosse injusta. Essa Constituição permaneceu em vigor por 65 anos (BONAVIDES, 2003b, 363).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 foi a primeira Constituição da República, estabelecendo a república federativa e o presidencialismo. Inaugurou o chamado período da Primeira República.

A influência dos Estados Unidos na Constituição de 1891 foi notória, já que os princípios do texto constitucional eram a República, a forma de governo presidencial, a forma federativa de Estado e a criação da suprema corte para decretar a inconstitucionalidade do poder, rompendo definitivamente com os preceitos constitucionais vigentes na época do Império (BONAVIDES, 2003b, p. 365).

A data de 11 de novembro de 1930 marcou o fim da Primeira República e trouxe o regime autoritário e ditatorial que prosseguiu até 1934, com a convocação e eleição de uma assembleia constituinte para a nova Constituição.

Foi neste período da Revolução de 1930 que “o País mais sentiu o peso das injustiças sociais e buscou aparelhar-se para ter seu ingresso na era industrial” e que houve a maior pressão, após quatro anos de ditadura, para a restauração da ordem constitucional que estava suspensa desde 1930 (BONAVIDES, 2003c, p. 201).

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, inaugura-se a terceira época constitucional da história – social – sendo mantido o princípio da federação, incorporando-se a legislação trabalhista, a segurança nacional e as questões sociais em geral, além de estender o voto para as mulheres.

Mas, decorrente de toda a problemática que envolvia a época, em 1937, Getúlio Vargas deu o golpe de Estado e instaurou o Estado Novo, autoritário e centralizado em suas mãos por ser o presidente – ditadura unipessoal – ganhando legalidade com a outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, que acabou não sendo cumprida nem mesmo pelos titulares do poder.

Essa Constituição manteve o Estado Novo até 1945, quando ocorreu a derrubada de Getúlio Vargas do poder pelos militares, inspirados pelo ideal de democratização, introduzindo uma “fase de restauração constitucional do sistema representativo, por obra de uma Assembleia Constituinte” (BONAVIDES, 2003b, p. 367).

A promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 18 de setembro de 1946, sob influência da Constituição alemã de Weimar, atenuou a crise constituinte que existia em anos anteriores, mas sua previsão de direitos sociais e a tensão sobre o papel do Estado acabou por encaminhar o País para a segunda ditadura do século, iniciada no ano de 1964 e referendada pela imposição da Constituição da República Federativa do Brasil de 20 de outubro de 1967 e, posteriormente, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, tendo sido essa também a fase dos Atos Institucionais.

Não satisfeita com o que via, a sociedade brasileira começou a se mobilizar pelo retorno democrático, ainda que timidamente, principalmente através de movimentos sociais, tais como o feminista, estudantil, sindical e religioso.

E foi na década de 1970 que a participação da sociedade começou a tomar corpo. Os novos movimentos sociais populares estavam articulados em grupos de franca oposição ao regime militar, vinculados à Igreja Católica, principalmente com as Comunidades Eclesiais de Base mobilizadas pelos ideais da teologia da libertação. Esses novos movimentos sociais afirmavam-se com diferença aos tradicionais movimentos pelo fato de que tinham práticas sociais e organização da comunidade local diversas e eram vistos com autonomia e fonte do poder social, em franco antagonismo e oposição ao Estado (GOHN, 2006, p. 281).

Na década de 1980 os movimentos sociais passaram por diversos momentos, desde a atuação concreta até a fase da descrença. Foram variados os assuntos de que se ocuparam, como a luta pelo trabalho, pelos direitos sociais e pela liberdade de expressão, então tolhida no período de ditadura.

As eleições de 1982 foram determinantes para formar a base da transição para a democracia, tendo como auge da atuação a campanha Diretas Já em 1984, movimento que visava a mudança do regime político do Brasil e que levou o povo às ruas pedindo pelas eleições diretas para Presidente da República, resultando no fim da ditadura militar no ano de 1985, dando início ao processo Constituinte brasileiro.

Desta forma, a democracia deve ser concebida em “uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos. Os movimentos sociais nas suas lutas transformaram os direitos declarados formalmente em direitos reais” (VIEIRA, 2001, p. 39-40).

Com o fim da ditadura construíram-se as bases para um Estado Democrático de Direito, que acabou por se consolidar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988.

A Carta Constitucional de 1988, com sua normatividade e principiologia, é para Bonavides, “introdutória do novo Direito Constitucional contemporâneo baseado sobre a juridicidade dos princípios e dos direitos fundamentais, que também são princípios e auferem [...] aplicabilidade imediata [...]” (BONAVIDES, 2003a, p. 55).

Ingo Sarlet (2012, p. 66) destaca que a inovação constitucional trazendo direitos fundamentais como base da Constituição, é o “parâmetro hermenêutico e valores superiores da ordem constitucional e jurídica” estando situados logo no início do texto constitucional, servindo efetivamente como diretriz para todas as situações envolvendo os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 assegura os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, dispostos no Preâmbulo da Carta Constitucional e garante mecanismos para concretizá-los (BRASIL, 1988).

Nesse ponto se insere a preocupação de Bonavides quando reconhece que o problema do Direito Constitucional atual é como estabelecer novos mecanismos, institutos ou técnicas para garantir os direitos básicos e assim efetivá-los (BONAVIDES, 2003b, 373).

Também Streck e Bolzan de Moraes referem que o Estado Democrático de Direito nasce no constitucionalismo do pós-guerra e que isso traz a noção de uma Constituição compromissória e dirigente, não podendo ser apenas instrumento de governo, mas sim, o norte para direitos, programas e fins do Estado e sociedade (STRECK; DE MORAIS, 2012, p. 106).

E, na discussão sobre a “morte” da Constituição dirigente Bercovici sustenta:

[...] enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como absolutamente necessárias para a superação do subdesenvolvimento e conclusão da construção da Nação, e que não foram concluídas. Enquanto projeto nacional e como denúncia desta não realização dos anseios da soberania popular no Brasil, ainda faz sentido falar em constituição dirigente. (BERCOVICI, 2008, p. 159)

O destaque para a vinculação entre Constituição compromissória e dirigente é dado por Oliveira quando diz que “a diretividade constitucional é decorrência do pacto político firmado, é a concepção de Estado e de sociedade vitoriosa entre outras postas em disputa no momento constituinte” (DE OLIVEIRA, 2010, p. 39), não se podendo perder de vista que o dirigismo constitucional é produto do compromisso constitucional e democraticamente formulado.

Ressalta-se que a Constituição do presente Estado Democrático de Direito é condição de possibilidade para o cumprimento das promessas da modernidade ainda não cumpridas, de forma que pode ser caracterizada como um sustentáculo para a democracia, não conflitando tal fato com a segurança que representa.

Assim, tendo em vista a evolução constitucional antes apresentada, principalmente no que diz respeito à previsão de direitos, é necessário recordar o sentido de Constituição, entendido como sinônimo de segurança, para que se possa compreender o sentido de democracia, entendida como transformação e, assim, absorver a essência do constitucionalismo democrático moderno.

A democracia constitucional deve estar construída pela dicotomia “transformação com segurança; risco minimamente previsível; mudança com permanência”, traduzindo isso de forma que haja uma resistência maior às mudanças constitucionais pelos limites estabelecidos no próprio texto da Constituição, mantendo certa segurança e que também seja possível a realização de atualizações e mudanças no texto sempre que a realidade existente assim reclamar. Esse é o equilíbrio necessário para o constitucionalismo democrático moderno (MAGALHÃES, 2010, p. 92).

Complementando e sintetizando exatamente a relação entre constitucionalismo e democracia, Barroso refere que:

Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as

sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. (BARROSO, 2011, p. 113)

Roberto Gargarella e Christian Courtis (2009, p. 14) destacam a diferença entre política constituinte e política ordinária, apresentando dois sentidos, da seguinte forma: o primeiro é temporal e condiz com a segurança, já que a Constituição deve ser alterada de forma menos frequente que a legislação ordinária, e, o segundo diz respeito ao conteúdo, uma vez que as mudanças nessa Constituição podem acontecer desde que para questões de máxima importância, sob pena de a própria lei constitucional tornar-se lei ordinária.

Considerando o equilíbrio segurança-mudança um fator que deve ser considerado é a transformação da sociedade, que certamente é mais constante que as mudanças na Constituição, acabando com um texto constitucional ultrapassado e defasado. Aqui é o momento crucial de ruptura, democraticamente legitimada e justificada, estabelecendo uma nova ordem constitucional democrática, com a retomada do poder constituinte originário (DE MAGALHÃES, 2010, p. 93).

Dessa forma, ocorre a descentralização do poder do Estado para a periferia, surgindo sujeitos de poder do povo que, insatisfeitos com a representatividade estatal, decidem assumir seu lugar como constituinte originário e então criar as condições democráticas de poder e de direitos, exercendo efetivamente a sua cidadania (LEAL, 2006, p. 46).

Considerando a democratização do Estado, há também a necessidade de democratizar a sociedade e assim “pensar e implementar os instrumentos adequados, plasmar as novas instituições, enfim definir todo o necessário à consecução desse objetivo. E tudo aponta seja esse caminho o da chamada democracia participativa, não significando a exclusão da democracia representativa (DE PASSOS, 1998, p. 92).

É necessário ressaltar que o exercício da democracia indireta ou representativa e da democracia participativa de maneira concomitante não é incompatível. Justifica-se isso pelo fato da ineficiência e falta de créditos da democracia exclusivamente representativa, não conseguindo mais cumprir com os desígnios para que foi proposta, não respondendo pela legitimidade do poder político, o que torna essencial a interação efetiva da sociedade pelo exercício da soberania.

Assim, a construção da participação social e cidadã se dá na relação que é estabelecida entre a sociedade e o Estado com um conceito de mobilização e motivação³ redefinido, passando a ser visto como a união de esforços, com um vínculo

³ Segundo Putnam (2002, p. 14-17), o capital social relaciona-se com a virtude cívica e esta possui maior força quando se encontra em uma rede de relações sociais recíprocas. Destaca também que o capital social possui duas faces: uma privada, onde os indivíduos formam vínculos que lhes beneficiam e, uma pública, onde os benefícios com vínculos estabelecidos são externalizados, ou seja, o destinatário não é apenas quem estabeleceu o vínculo, mas também, toda a comunidade.

ampliado entre o cidadão e a sua comunidade, para chegar ao resultado desejado pela coletividade, na concretização de direitos constitucionalmente previstos.

Apesar da discussão sobre a participação popular questionar se os interesses, o poder e os constrangimentos sociais são capazes de levar ao abandono dos ideais de deliberação e participação, Lüchmann afirma que “a inclusão da população mais pobre nos espaços participativos, afora todos os riscos e as dificuldades, ao contrário de significar uma ameaça à democracia deliberativa, é condição *sine qua non* para a mesma” (LÜCHMANN, 2007, p. 193), de forma que a participação dos setores populares é não apenas necessária, mas essencial.

Nesse ponto, cabe inserir o novo constitucionalismo latino-americano com uma nova perspectiva constitucional – democrática justamente por fazer parte do processo de ruptura antes referido e por possibilitar outra lógica, a da democracia consensual e não-hegemônica, voltando os seus olhares para a diversidade e a participação dos cidadãos nas decisões políticas, sendo esse o assunto a ser desenvolvido a seguir.

III. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO RESSIGNIFICANDO CONCEITOS

Esquecida por muitos, a América Latina tem ressurgido com força nos últimos anos chamando a atenção para aspectos culturais, econômicos e políticos, entre outros, demandando um estudo mais aprofundado, sob pena de ter-se uma visão superficial da realidade atual.

Talvez isso seja reflexo de uma visão de que os modelos a serem estudados e copiados – e com isso corra-se o risco da inadequação – devam vir da Europa ou da América do Norte. Justifica-se pelo fato de que os países latino-americanos apresentavam-se sempre como repressores de direitos, suas populações não detinham de *status* econômico e social para invejar e suas democracias tinham mais riscos do que garantias (DE OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 121-151).

Compreender o novo momento vivido pela América Latina passa, necessariamente, pelo entendimento do novo modelo político, jurídico, econômico e de vida de cada um dos países, em especial, pelas suas novas Constituições.

Mas, pode-se dizer que nem todos os países se encaixam nessa nova visão. A representação do chamado “novo constitucionalismo latino-americano” é feita, especialmente, pelos países da Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia, trazendo uma dinâmica diferenciada no tratamento do povo, que ressurge (re)valorizado e sendo um dos pilares do Estado.⁴

Há, com esse fato, um claro rompimento com os modelos estatais anteriores, desde o absolutista, o moderno e até a política neoliberal que por muito tempo estavam arraigados na vida dos habitantes desses países. O novo modelo de Estado é chamado de Plurinacional e traz ínsitas as transformações pelas quais tais Estados tem passado e a prospecção de um futuro, no mínimo, diferenciado de muitos países.

⁴ No decorrer do texto a abordagem sobre o novo constitucionalismo Latino Americano estará focado nos países da Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia, não tendo sido realizada análise sobre os demais países.

No processo de construção do chamado novo constitucionalismo latino-americano alguns fatores são de extrema importância, uma vez que sem eles, não haveria motivos para a virada de alguns países quanto ao constitucionalismo e à democracia.

No contexto latino-americano a presença dos colonizadores europeus foi forte e determinante para a construção de um sistema exploratório, desigual e homogêneo que acabou sendo rompido com o novo constitucionalismo.

O marco da modernidade nos países latino-americanos está em 1492, quando ocorre a chegada de Cristóvão Colombo nas Américas, culminando em um processo de extermínio ou subalternização dos habitantes originários da terra, ou seja, os indígenas. Esse fator foi essencial para o capitalismo, já que muitas riquezas foram retiradas das terras latino-americanas e levadas para a Europa, a fim de sustentar a riqueza e a ostentação das elites (DE MAGALHÃES, 2011).

Enrique Dussel (1993) destaca que, com o objetivo de fortalecer o eurocentrismo, o colonizador teve que eliminar a América Latina da História Mundial, isto é, tratou-a com inferioridade evidente, não tendo qualquer importância, a não ser exploratória, para os europeus. Segundo ele, é o processo de descobrimento da América que traz o marco do mito da modernidade, calcado na superioridade europeia sobre o Outro.

Para a América Latina, a modernidade trazida e promovida pelos europeus apenas serviu para ocultar as diferenças, uma vez que os colonizadores europeus traziam a ideia de hegemonia, ou seja, somente o que era igual a eles, sua cultura e seu povo é que tinha serventia e valor e o restante era ocultado ou extirpado da realidade.

Todo o poder colonizador europeu sobre o povo e os Estados latino-americanos é revelado por Magalhães nos seguintes termos:

A modernidade se funda (assim como todo o aparato criado para viabilizar o projeto moderno) na negação da diferença e da diversidade, tanto em uma perspectiva individual como coletiva. O estado moderno necessita da uniformização de valores, de comportamentos, precisa padronizar as pessoas, para viabilizar o seu projeto de um poder hegemônico, centralizado, capaz de oferecer segurança e previsibilidade para os que construíram o estado e o direito modernos: os nobres, os burgueses e o rei. (DE MAGALHÃES, 2013)

Assim, a consolidação da dominação europeia sobre a América veio com o estabelecimento da dominação ideológica, que fez com que fosse firmado um padrão de universalidade, ou seja, a Europa era o padrão a seguir pois reconhecia-se como a melhor civilização e seria universal, não reconhecendo nas demais formas de mundo o valor que tinham, já que eram primitivas, diferentes e, portanto, não poderiam fazer parte da Europa ou serem reconhecidas por ela.

Nesse sentido, refere Marina Corrêa de Almeida, que o padrão de poder chamado de colonialidade foi fundamental para que a Europa dominasse os povos na América Latina, “favorecendo, ao mesmo tempo, a formação da subjetividade europeia como

central, o que significou a construção do eurocentrismo como média de normalidade, civilidade e racionalidade” (ALMEIDA, 2013).

Essa era a lógica “nós *versus* eles”, principalmente com relação aos indígenas, que poderiam sofrer o exercício da força do europeu se o que praticassem fosse, por esse, considerado selvageria, o que era totalmente legítimo uma vez que “eles” não eram iguais a “nós”. Põe-se aqui o espelho de narciso sob a lógica de que só permite enxergar o que aquele que olha quer, ou seja, o europeu poderia cometer a violência, o indígena não, pois não era entendido pelos europeus como igual (DE MAGALHÃES, 2011).

Ao tratar sobre a formação dos Estados na América Latina, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2003, p. 75) aborda claramente o que ocorreu com os indivíduos que naqueles locais viviam e os que foram trazidos pelos europeus. Os índios eram caçados como animais, vendidos ou também conduzidos e treinados para a escravidão, servindo como força de trabalho para que pudessem extrair os bens de suas terras e enviar para a Europa aos capitalistas mercantilistas que pregavam a teoria do trabalhador livre fundamentando a propriedade privada. Ao povo restava pouco: sucumbir ou fugir e, a partir daí, lutar para conquistar espaço em outro território.

Assim, diante do padrão de Estado moderno construído pelos europeus, fulcrado na nacionalidade e na hegemonia de comportamentos, a formação Estado moderno latino-americano recebeu as influências daquele Estado europeu da pior forma: povos foram excluídos, marginalizados ou mortos, não fazendo parte da nacionalidade, pois esta só poderia ser usufruída pelas elites e não pelos índios e africanos do território.

De todo o processo colonizador, resta que os indivíduos que resistiram foram obrigados a se adequar o modelo de Estado, sociedade e indivíduo moderno, não se reconhecendo as diversidades existentes – ocultação – e reforçando o sistema de mercado excludente, de modo a manter-se a colonialidade e a dependência europeia.

A etapa histórica de formação do Estado moderno e da presença da colonização e dependência gerou textos constitucionais que não traziam qualquer consideração sobre fatores sociais, étnicos, culturais dos povos para o qual eram destinados.

E, por essa razão, a assunção de um novo modelo constitucional era mais do que necessária, o que acabou ocorrendo com o chamado novo constitucionalismo latino-americano, que, seguindo o processo de democratização da América Latina buscou a superação da colonização e seus resquícios, bem como fundamentar a existência de uma cidadania plural e diversificada.

Por conseguinte, Boaventura de Sousa Santos (2007a, p. 20-22) traça três tipos de constitucionalismo a fim de chegar no novo constitucionalismo latino-americano. O antigo, existente até o século XVIII e que ratificava de maneira informal como viviam os povos já constituídos. O constitucionalismo moderno, imposto na América Latina, é o oposto, pois são os povos que impõe regras por meio de um contrato para viverem em paz e esse modelo é monocultural, ou seja, de homogeneidade do povo, podendo-se questionar porque apenas uma cultura é escolhida para ser a oficial de um Estado. Por fim, trata do constitucionalismo que está surgindo na América Latina, com aspecto plurinacional, pluricultural, pluriétnico e intercultural dos países.

Essa nova visão constitucional latino-americana é tratada por Milena Petters Melo assim:

[...] a valorização da diversidade social, étnica, cultural leva a uma transformação do esquema organizacional, subvertendo os princípios e as clássicas formas do Estado (homogêneo, centralizado, monista e historicamente elitista) e democratizando a participação política a partir de uma dinâmica dialógica entre igualdade e diversidade, que protege o direito de *ser igual* quando a diferença inferioriza, e o direito de *ser diferente* quando a igualdade descaracteriza. (MELO, 2011, p. 147)

O processo evolutivo desse novo constitucionalismo é tratado por Raquel Yrigoyen Fajardo (2004, p. 171-196) em três momentos principais: o constitucionalismo pluralista – diversidade cultural e direitos indígenas reconhecidos –; constitucionalismo pluricultural – adoção do conceito de nação multiétnica e incorporação de direitos indígenas aos direitos fundamentais – e; constitucionalismo plurinacional – criação dos Estados plurinacionais e pluralismo jurídico igualitário.

A necessidade de rompimento com a modernidade fez com que um novo padrão de Estado fosse implementado nos países latino-americanos, superando a União Europeia e seu padrão uniformizador, hegemônico e de ocultamento do Outro, passando assim a ter-se um Estado plurinacional e respeitador da diversidade que se apresenta em seu território, bem como, propulsor de uma democracia participativa, ainda que conviva com a democracia representativa.

Analisando o contexto da necessária ruptura com modelos antigos e ultrapassados de Estado e sociedades, Santos traça quatro fatores que são importantes e essenciais para que o processo de ruptura seja requisitado e os conceitos aclarados.

O primeiro fator destacado é a teoria política desenvolvida no norte global, aplicado com universalidade em todo o mundo e que atualmente não estão adaptadas às sociedades. O segundo é que a teoria política desenvolveu suas teorias de transformação baseadas no Norte, ficando distante das demais práticas, principalmente as produzidas no Sul (SANTOS, 2007a, p. 12).

Na sequência, um outro fator considerado por Santos é a monoculturalidade da teoria política, marco histórico do eurocentrismo, também mal adaptado a culturas diferentes. E, por fim, expõe-se o fator do colonialismo, pouco analisado pela teoria política, que acredita que o mesmo teve um fim na América Latina, o que de fato não ocorreu (SANTOS, 2007a, p. 13).

É importante destacar que, em que pese os aspectos apresentados por Santos, os países envolvidos pelo novo constitucionalismo possuem “uma constitucionalidade revolucionária, programática, social, pluralista” (DE OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 122), representando realidades e não ilusões e possibilitando o crescimento, a garantia dos direitos e, melhor ainda, possuem a liberdade para guiarem os seus destinos.

O novo constitucionalismo requer, por óbvio, a substituição do constitucionalismo tradicional, incapaz de qualquer mudança social e cujo objetivo é apenas manter as elites no poder. E nesse sentido é possível inserir Santos novamente, quando faz algumas recomendações (SANTOS, 2007a, p. 16-17) para qualificar o novo constitucionalismo e superar o anterior, destacando-se as que estão mais relacionadas com o presente trabalho.

Santos inicia por um dos pontos principais na discussão atual do constitucionalismo da América – Latina que é “aprender com o Sul”, ou seja, a compreensão do que é o mundo é mais ampla do que a visão ocidental dos países desenvolvidos, reconhecendo a diversidade e a refundação do Estado e da Democracia desses países do Sul. O segundo ponto é ampliar a leitura das contradições das sociedades pela redução das desigualdades e valoração da diversidade, o que de fato, o novo constitucionalismo trouxe (SANTOS, 2007a, p. 14-15).

Intimamente conectado com o presente trabalho está o próximo passo trazido por Santos, ressaltando a necessidade de perceberem-se as características e transformações sociais, o que traz novas oportunidades democráticas. Isso ocorre pelas novas linguagens, novos atores e práticas transformadoras, bem como, novas formas e culturas de organização, unindo aí movimentos indígenas, feministas, camponeses, partidos e outros movimentos. E, por fim, resalta-se o que o autor chama de “*neoterritorialidad*” que é um retorno ao território nacional, em contraponto à ideia de que com a globalização tudo tende a ser globalizado (SANTOS, 2007a, p. 16).

Percebe-se assim, pelo contexto apresentado por Santos que a superação do paradigma constitucional anterior demanda tempo e esforço de todos, já que a ruptura com o eurocentrismo e com a homogeneidade é o ponto necessário para o reconhecimento de que o Sul, em especial a América Latina tem potencial próprio e não necessita viver à sombra da Europa, que todos os povos que vivem e convivem em um território nacional tem o mesmo direito à diversidade que todos e, que a participação do povo é relevante para a transformação social e a concretização de direitos.

Assim, os textos constitucionais desse novo momento são frutos de debates das assembleias constituintes, buscando a renovação do aspecto social e trazendo uma Constituição mais preocupada com a transparência e com o seu caráter transformador, reforçada pela legitimidade democrática (VICIANO PASTOR, 2010a, p. 07-29).

É possível perceber que as Constituições vinculadas ao novo constitucionalismo latino-americano apresentam uma superação de pontos que até então eram considerados paradigmáticos e insuperáveis. Trata-se do reconhecimento de uma democracia participativa em detrimento da fórmula exclusiva representativa e também, do reconhecimento da diversidade dos povos, principalmente os povos originários ou indígenas.

Nesse mesmo sentido, explica Melo:

As inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas seguem no sentido de enriquecer o “patrimônio comum do Direito Constitucional”, avançando onde o constitucionalismo europeu parou, especialmente no que tange à proteção ambiental, ao reconhecimento e à valorização das diversidades étnicas e socioculturais e a novas formas de participação política e fiscalização democrática do Estado. (MELO, 2011, p. 150)

O novo constitucionalismo latino americano traz ínsito o questionamento de como resolver o problema da desigualdade social (GARGARELLA; COURTIS, 2009), ainda que para isso receba algumas críticas de neopopulismo – este entendido como um apelo do líder às massas – o que não parece consistente, pois é o próprio governo que está legitimado pelo povo e não o contrário, pela via das assembleias constituintes – o que é chamado de “*constitucionalismo sin padres*” (VICIANO PASTOR, 2010b, p. 21), não havendo um dono da Constituição, senão o povo.

Algumas características especiais do novo constitucionalismo latino-americano podem ser descritas neste momento sem ingressar em algum país específico, pois abrange a todos, envolvendo aí, a substituição da continuidade constitucional e a ruptura democrática com textos formais por textos materiais (VICIANO PASTOR, 2010b, p. 21).

A partir daí são traçadas características formais e materiais do novo constitucionalismo latino-americano sendo, as primeiras, a originalidade, a amplitude, a complexidade – simplicidade linguística – e a rigidez dos textos constitucionais – modificações apenas pelo poder constituinte originário – e; as segundas, a democracia participativa como um complemento à representativa, a vasta carta de direitos individualizados ou coletivos, o controle concentrado de constitucionalidade e a superação das desigualdades econômicas e sociais (VICIANO PASTOR, 2010b, p. 26-35).

Como referido inicialmente, as Constituições reconhecidas como propulsoras do novo constitucionalismo latino-americano são as da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, sendo que o maior destaque é dado para as duas últimas, por representarem melhor o novo paradigma.

Cumprе ressaltar que previamente ao que hoje se entende por novo constitucionalismo na América Latina, as Constituições da Guatemala, em 1985, e do Brasil, em 1988, foram as bases do processo de ruptura e mudança constitucionais, consolidando-se com o tempo, ainda que essas, especificamente, possam ser chamadas de *cuasirrupturistas* e as demais, marco do processo de ruptura (VICIANO PASTOR, 2010a, p. 11).

Dentre alguns aspectos que devem ser ressaltados como inovadores dessas Constituições inicia-se pelo fato de todas adotarem o sistema presidencialista e o modelo de Estado Providência, rompendo com o modelo neoliberal. A partir disso adotam a democracia direta com a participação ativa da sociedade nas decisões do governo⁵, por meio de canais como plebiscito, referendo, revogação de mandato parlamentar, iniciativa de projetos de lei e também, de emenda constitucional, além da eleição dos representantes por voto universal, direto e secreto e da democracia comunitária⁶ (DE OLIVEIRA; STRECK, 2012).

Ainda, os novos textos constitucionais definem-se como plurinacionais e todos recepcionam os povos originários em seus textos, reconhecendo a autodeterminação

⁵ O Poder cidadão é um dos órgãos de fiscalização do Estado pelo povo, presente na Constituição da Venezuela.

⁶ Presente no art. 11, 3 da Constituição Boliviana.



dos povos e a presença indígena nos parlamentos, além da criação da justiça indígena com tribunais próprios, escolhidos pelas próprias comunidades.

Além disso, as novas Constituições prezam pelo princípio ético-moral do “Sumak Qamaña”⁷ ou “Sumak Kawsay”⁸, que significa viver bem, em nítida oposição ao modelo de produção até então presente nesses países, ficando claro suas metas (HOUART, 2011): restabelecer a harmonia com a natureza – a integridade *de la Madre Tierra*, inclusive reconhecendo direitos à Natureza – ; construir uma economia a serviço da felicidade; organizar um Estado Plurinacional em equilíbrio e; edificar a interculturalidade como complemento à plurinacionalidade.

Um outro aspecto a destacar é a previsão, no texto constitucional da Bolívia, dos direitos dos animais⁹, reconhecendo que não são coisas, rompendo com o paradigma antropocêntrico (DE OLIVEIRA; STRECK, 2012).

Assim, o novo constitucionalismo latino-americano ressignifica conceitos importantes de legitimidade e participação popular, possibilitando também uma nova visão sobre os direitos fundamentais do povo, sobretudo indígena, no ambiente constitucional. Isso não significa tratar-se de uma adaptação ou adequação ao texto constitucional do País, mas sim, respeitar que existam normas de outros povos dentro de um mesmo território nacional, respeitar sua história e sua cultura, tratando-se efetivamente, da construção de um Estado plural e Plurinacional.

Visto o contexto do novo constitucionalismo latino-americano, passa-se a desenvolver a análise acerca das manifestações ocorridas no Brasil em 2013 e a possível relação dessas não somente com a Constituição Federal de 1988, mas também com o novo constitucionalismo latino-americano.

IV. PLURALISMO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO OU “REVOLUÇÃO SEM REVOLUÇÃO”? ANÁLISE DAS MOBILIZAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL EM 2013 E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A evolução dos modelos de Estado bem como das Constituições brasileiras permite uma compreensão de todo o processo constitucional-democrático para a garantia e concretização dos direitos dos cidadãos. A crise do Estado significa dizer que, não raro, as previsões constitucionais não são cumpridas ou são realizadas com alguma dificuldade e isso permite que se avance nas concepções de povo, de Estado e de Constituição.

Contextualizadas a evolução do Estado, do constitucionalismo no Brasil e em alguns países da América Latina, chega-se ao objetivo principal do estudo que é estabelecer a possível relação existente entre as mobilizações sociais ocorridas no Brasil

⁷ Constituição da Bolívia.

⁸ Constituição do Equador e *Plan Nacional para el Buen Vivir* 2009-2013.

⁹ Acerca do assunto e em respeito à proposta adotada neste trabalho, indica-se a leitura dos seguintes autores: De Oliveira (2007, p. 63-113; 2012, p. 213-239), De Oliveira e Lourenço (2012, p. 365-404) e Singer (2004).



em 2013 não só com o constitucionalismo democrático brasileiro, mas com o novo constitucionalismo latino-americano.

Inicialmente, é necessário realizar uma análise sobre as motivações que levaram as pessoas a se mobilizarem e protestarem nas ruas no mês de junho de 2013 no Brasil, inclusive reportando o estudo aos movimentos sociais tradicionais. Ao final, então, busca-se verificar em que essas manifestações são compatíveis com o novo constitucionalismo latino-americano.

A insatisfação da sociedade com diversas questões que estão diretamente a si relacionadas acaba fazendo com que não veja outra medida que não seja a revolta e o protesto. As proporções assumidas pelas mobilizações de junho de 2013, ao que parecia, seriam imensas, justamente porque milhares de pessoas saíram às ruas para protestar contra o que não estavam de acordo no País.

Contextualizando o ocorrido no País, é fácil perceber que foi uma decorrência de outras manifestações e protestos que ocorreram em outras partes do mundo, principalmente pela chamada Primavera Árabe, que envolveu diversos países¹⁰, iniciando pela Tunísia, em 2011, tendo resultado em eleições abertas em outubro do mesmo ano e também a Islândia, que apropriou-se do *Facebook* e outras redes sociais para a reforma constitucional no ano de 2011 (CASTELLS, 2013, p. 23-45).

De pronto, é necessário referir que as mobilizações sociais no Brasil em junho de 2013 contaram com dois fatores propulsores para que ocorressem, que foi o aumento nas passagens de transporte público e a utilização das redes sociais na internet, em especial o *Facebook*, plataforma de caráter privado¹¹, para que as pessoas pudessem encontrar-se nas ruas.

Alfonsin *et al.* (2015, p. 71-90) afirmam que a pauta do transporte público foi a motivação para desencadear as manifestações, de forma que as mobilizações massificadas incluíram outras pautas para além do direito à cidade.

Assim, o estopim para as manifestações que tomaram as ruas do Brasil em junho foi o aumento do preço da passagem no transporte coletivo e que tomou proporções nacionais, mas que teve início, em 2013, no Estado de São Paulo, desencadeada pelo Movimento Passe Livre – MPL, embora já tivessem ocorrido outras revoltas em 2003, em Salvador, na Bahia, conhecida como a Revolta do Buzu e, em 2004, a Revolta da Catraca em Florianópolis.

Então, no caso dessas mobilizações de 2013, a organização foi toda realizada pelo Movimento Passe Livre, com aproximadamente um mês de antecedência da primeira manifestação, tudo via *Facebook*. Cabe ressaltar que esse movimento não tinha um líder e nem identificação com partido político, o que inclusive foi motivo e reprimenda nas ruas quando alguém aparecia com bandeiras de partidos, sob gritos e faixas escritas “nenhum partido/político nos representa”.

¹⁰ Também ocorreram manifestações no Iêmen, Egito, Bahrein, Líbia, Síria, Marrocos, Espanha e Estados Unidos.

¹¹ Interessante discussão pode ser encontrada no TEDx, retratada por Sérgio Amadeu. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/coloquio/noticia/3395-tedx-promove-palestras-sobre-multipolaridade-em-sao-paulo>



Compreendendo bem a situação posta em junho de 2013 e ressaltando a não filiação a partidos, Nobre resalta que os movimentos que estavam nas ruas são diferentes e “[...] se formaram e [...] funcionam de maneira apartidária, mantendo autonomia e independência em relação a governos. São movimentos horizontais, que recusam a ideia da concentração da representação em uma liderança individual” (NOBRE, 2013), apostando em uma liderança compartilhada.

Já para Pinto (2017, p. 120), diferentemente da redemocratização em que as ruas foram ocupadas por “grupos identificados com posições políticas de centro-esquerda e de esquerda. Porém, a partir de 2013 e mais acentuadamente em 2014 e 2015, os manifestantes tenderam cada vez mais a se identificar com posições políticas de centro e de direita”, reconhecendo que há uma dificuldade de identificar-se com posições de esquerda, centro e direita no contexto político atual brasileiro.

É importante destacar que as manifestações de 2013 representam aquilo que as manifestações da década de 1990 propugnavam, tendo como referencial não mais as lutas populares, mas enfatizando uma nova moral, sem corrupção, com dignidade, afastando-se da institucionalização por sindicatos e partidos políticos.

Partindo do objetivo inicial que era a redução no valor das passagens do transporte coletivo, motivo que se espalhou pelas principais cidades do País, pode-se dizer que o objetivo foi atingido, já que na maioria das cidades em que a causa foi defendida o valor das passagens teve redução – de R\$ 0,20 ou mais centavos.

Além disso, ficou um saldo de repressão policial e midiática, já que no início das mobilizações sequer divulgava o que estava ocorrendo, a violência e um movimento que, segundo Locatelli, permanece ativo e na luta, juntamente com outros grupos da esquerda, visando, agora, a tarifa zero (LOCATELLI, 2013).

Diante do exposto, parece que a motivação principal de toda a mobilização foi o preço das passagens. Mas, por trás disso, há todo um histórico, um simbolismo que representa bem mais do que apenas os R\$ 0,20 que eram pedidos de redução ou a tarifa zero, pregada em alguns lugares.

É mais. Existe uma cidadania cansada e desgastada. O papel do cidadão na sociedade em que vive ora é submetido a visões individualistas, ora a uma visão comunitária, no sentido de que deve dividir tarefas com o Estado e, muitas vezes, praticando ações que não seriam de sua competência, tudo em prol da coletividade e do benefício mais amplo possível.

E a cidadania cansada se apresenta no momento em que não tem mais forças para acreditar em mudanças sociais, econômicas e políticas e, que raramente, consegue envolver-se nesses assuntos para tentar auxiliar na mudança desejada.

Há uma expectativa, principalmente com relação ao Estado, que na maior parte das vezes não é atendida e, por acomodação, ao cidadão é mais fácil reclamar do que realmente interessar-se em ajudar.

É como refere Richard Falk (2004, p. 140): “a expectativa dos indivíduos é de uma extensão de direitos em várias direções, respeitando as diferentes estruturas de autoridade [...]”, ao mesmo tempo em que o Estado perde o controle, principalmente sofrendo influências da globalização e dos mercados.

As motivações que levaram as pessoas às ruas, na maior parte dos casos, são problemas coletivos com sentimentos individuais ou vice-versa, que acabam

desrespeitando a previsão constitucional dos direitos fundamentais. Pode-se destacar as falhas na saúde, na educação, no transporte público, na segurança pública, na economia e, talvez a mais grave e revoltante motivação: a corrupção.

Assim, Gargarella e Courtis (2009, p. 17) referem: “[...] ló cierto es que la concreción de la promesas de una Constitución, por más cargada sustantivamente que Ella este, dependen del buen funcionamiento de la política ordinaria”.

No mesmo sentido, entende Pinto (2017, p. 129), para quem as “manifestações tomaram um rumo diferente do que previa as convocações do MPL e se tornaram eventos contra a corrupção, os políticos, os partidos políticos, o governo, os serviços públicos”, ressaltando que “os participantes eram jovens, alguns pertenciam a grupos organizados, mas a maioria chegou às ruas através das redes sociais, como indivíduos em grupos de amigos e sem militância política”.

E, se não bastassem todas as dificuldades encontradas pelos cidadãos no tocante aos seus direitos, a realização da Copa do Mundo de Futebol em 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 acabaram sendo mais um dos motivos de protestos durante a realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol – FIFA, no mês de junho.

Vislumbrando a situação posta, é necessário um pequeno questionamento voltado às manifestações sociais, no sentido de as ações ocorridas poderem ser enquadradas como direito à resistência, como uma recusa à obediência de um ordenamento – constitucional ou infraconstitucional – reputado injusto e não garantidor de direitos. Pode-se dizer que os manifestantes estavam amparados pela previsão constitucional do art. 5º, incisos IX e XVI, referentes ao direito de reunião e liberdade de expressão, até o limite das manifestações pacíficas que não excederam à ordem, ficando o questionamento quanto à violência que acabou sendo praticada entre manifestantes e o Estado, representado pela polícia.

Jorge Luiz Souto Maior, falando especialmente sobre os movimentos de 2013, explica que quando os movimentos sociais estão mobilizados politicamente para lutar por direitos, não podem ser entendidos como contrários à lei e nem impedidos de dizer que leis mal interpretadas e aplicadas acabam por promover, mais ainda, a desigualdade no País (SOUTO MAIOR, 2013, p. 84).

Portanto, é necessário compreender que realmente não foi “só pelos R\$ 0,20 centavos” o motivo das mobilizações, mas uma séria dose de esgotamento do povo diante de atores e cenas que acabaram se tornando cotidianas e que, chegando ao ponto de parecer insuperáveis, não restou outra forma que não fosse o grito, que há muito estava preso.

Com os protestos não se perceberam mudanças significativas e então, “se os protestos de junho disseram alguma coisa foi isso: tudo precisa ser diferente a partir de agora. Se será, não dá para saber. Mas seria bom se pudesse ser. [...] Há uma sensação de urgência instalada na sociedade, ainda que não se tenha uma tragédia à vista” (NOGUEIRA, 2013, p. 101).

É nítido que há uma crise de um sistema democrático que “se dissociou da sociedade. Parou de dialogar com ela, virando as costas para a “opinião pública” e a sociedade civil. [...] Passou a produzir inúmeros problemas e nenhuma solução. [...]”

(NOGUEIRA, 2013, p. 33). Aqui se insere o sistema representativo e as condições atuais de legitimação pelo povo.

É fato que a desigualdade e a exclusão ainda são um dos principais fatores de mobilização dos governos quando se fala em direitos fundamentais e políticas públicas. Não bastasse toda a problemática exposta, há também a questão de o próprio Estado ter dificuldades em reconhecer que o sistema de democracia representativa, como posta constitucionalmente em seu art. 1º, não mais é suficiente para toda a demanda social, necessitando de outros mecanismos e formas de atender aos cidadãos.

Lüchmann (2007, p. 183-197) faz uma reflexão sobre o crescimento da democracia deliberativa, principalmente na literatura, e aponta que além da produção de resultados políticos justos, que está relacionado com um movimento internacional de crise da democracia representativa, há a desconfiança dos cidadãos nas instituições políticas e os problemas relacionados à exclusão e desigualdades como fatores a serem levados em consideração.¹²

Além disso, aponta outros dois fatores que julga serem determinantes nessa mudança de postura democrática: o papel da sociedade civil no processo de democratização social, com a inserção de organizações não-governamentais possibilitando entenderem-se conceitos como esfera pública e sociedade civil; e a implementação de espaços de participação social, possibilitando “discutir e problematizar questões e demandar soluções para os problemas que estão ausentes ou que recebem tratamento precário na agenda pública”, exemplificando-se com os conselhos gestores de políticas públicas e o orçamento participativo (LÜCHMANN, 2007, p. 185).

No mesmo sentido, Vaz (2013, p. 63-106) refere em seus estudos que a ideia de democracia está relacionada a dois pontos, autonomia e solidariedade. A primeira, em razão da necessidade de ter-se um centro de poder autônomo para que os cidadãos possam também ter autonomia no âmbito social privatista; a segunda, ligada ao ideal de participação, partindo da produção coletiva do poder, do envolvimento dos indivíduos nas decisões políticas.

E, as duas ideias passam por um desbalanceamento que estaria pendendo, em maior parte, para a participação, em razão de uma crise da representação política cuja base está na incapacidade das instituições políticas de dar respostas aos cidadãos, bem como, a maior abertura de espaços institucionalizados para participação. No Brasil, tais espaços podem ser identificados como os Conselhos Gestores de Políticas, as Conferências Temáticas e o Orçamento Participativo. (VAZ, 2013, p. 63-106).

Assim, a democracia representativa dá sinais de crise quando necessita de uma democracia de baixa intensidade mantendo o distanciamento da população dos processos decisórios e da plena participação política (LEAL, 2009).

Aliás, sobre a democracia representativa e o exercício do voto, Magalhães diz que esse, “confundido muitas vezes com a própria ideia de democracia, é na verdade um instrumento de decisão, ou de interrupção do debate, de interrupção da construção do

¹² A discussão sobre as diferenças e semelhanças sobre o ativismo proposto pelos movimentos sociais e pelas manifestações de rua é feita em Sherer-Warren (2014, p. 13-34).

consenso [...]” (DE MAGALHÃES, 2010, p. 94), impossibilitando assim o debate e a discussão.

E, a mesma democracia representativa, “entendida como um mero processo de escolha de governos não põe em cheque os valores do capitalismo e, portanto, não representa uma ameaça à estrutura de classes” (DASSO, 2009, p. 04), servindo como justificativa para os que entendem que o voto é a democracia e que não é necessária uma maior abertura para o povo, pela participação em outros canais, principalmente não-institucionalizados.

Então, uma democracia de alta intensidade somente será possível se entender-se que a democracia também é parte do problema e que requer a sua reinvenção principalmente através da relação harmoniosa entre as democracias representativa e participativa, possibilitando a coexistência entre elas, não havendo a existência de extremos democráticos, que podem ser prejudiciais para a própria democracia (SANTOS, 2007b, p. 90-91).

A grande questão da participação assenta-se em um critério básico de legitimidade em que “as decisões políticas devem ser tomadas por meio do debate público por aqueles que estarão submetidas a elas” (LÜCHMANN, 2007, p. 186).

A superação da crise da democracia representativa surge pela proposta da adesão político - cidadã, construída de forma comunicativa e consensual na esfera pública, possibilitando assim, a participação dos cidadãos nas decisões e ações que, até então, eram de exclusiva tomada de decisão do Estado.

Novamente pra Lüchmann,

O debate sobre democracia deliberativa alcança novos contornos, já que, acusando as fragilidades da democracia representativa e a redução da legitimidade do processo decisório ao resultado eleitoral, a democracia deliberativa advoga que a legitimidade das decisões políticas advém de processos de discussão que, orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem-comum, conferem um reordenamento na lógica de poder tradicional. [...] A democracia deliberativa constitui-se, portanto, como processo de institucionalização de espaços e mecanismos de discussão coletiva e pública, tendo em vista decidir o interesse da coletividade, cabendo aos cidadãos reunidos em espaços públicos a legitimidade para decidir, a partir de um processo cooperativo e dialógico, as prioridades e as resoluções levadas a cabo pelas arenas institucionais do sistema estatal. (LÜCHMANN, 2007, p. 186)

É viável, nesse contexto, entender-se que a evolução do poder político permitiu a compreensão de que ele está atrelado à figura do cidadão. E, estando o cidadão legitimado a sustentar a liberdade e exercer diretamente o poder decisório, surge o questionamento: como “o Estado soberano deve se relacionar com o povo soberano,

que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes institucionais” (LEAL, 2006, p. 20)?

As mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 resgataram o civismo do cidadão e da sua força em mostrar que, embora políticos e governos não percebam, o povo ainda tem condições de se articular e manifestar-se em busca de melhores condições de vida e de garantia de direitos.

Para Tulla i Pujol, Rocha e Sampaio (2014), “as manifestações da metade de 2013 contribuíram para recuperar o debate sobre a composição e a luta de classes no Brasil contemporâneo, debate fundamental para uma revisão do papel das instâncias de governança e de poder do Estado sobre a sociedade”.

Tendo em vista a já referida insuficiência da democracia representativa e a necessária abertura para novas formas de democracia, em especial pela participação mais ativa do cidadão nas questões públicas, é necessário fazer-se uma análise da questão constitucional democrática brasileira e das mobilizações sociais com o novo constitucionalismo latino-americano, procurando apontar a relação entre ambos.

Inicialmente, as mobilizações sociais de 2013 tem um viés diferenciado dos movimentos sociais dos países da América Latina. Isso porque, nas mobilizações não se falava mais em superar um regime militar por um regime democrático – o que de fato ocorreu na década de 1980 –, mas sim, fortalecer uma democracia que dá sinais de desgaste, principalmente por não conseguir cumprir com as promessas feitas quando de sua adoção e reforçar uma Constituição que tem sido esquecida quando se trata de direitos fundamentais.

Tendo em vista a época em que teve início, na década de 1990 e no ano de 2007, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano aproxima-se mais dos movimentos sociais que ocorreram no Brasil na década de 1980 no processo de redemocratização do País do que dos movimentos de 2013.

As Constituições do velho constitucionalismo latino-americano são caracterizadas por Viciano Pastor e Martínéz Dalmau assim: “sólo cumplieron los objetivos que habían determinado las élites: la organización de poder del Estado y el mantenimiento [...] de los elementos básicos de um sistema democrático formal” (VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU, 2010b, p. 23), por isso a superação pelo novo constitucionalismo, buscando a superação das necessidades sociais com saídas democraticamente elaboradas e assumidas por todos.

Ainda assim, as Constituições do Novo Constitucionalismo são revolucionárias, transformadoras, originais e de ruptura e, a Constituição Brasileira, quase-rupturista, pois não houve um rompimento efetivo com as elites, mas a passagem para um regime democrático que já nascia concebido para produzir maiorias parlamentares sobre o partido do regime anterior, destacando a democracia pela representação dos partidos e dos políticos (VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU, 2010b, p. 11-12).

Tanto os movimentos sociais brasileiros pela redemocratização, quanto os movimentos latino-americanos eram compostos por pessoas e grupos que defendiam direitos ou minorias e que acabaram por consolidar esses direitos nas Cartas Constitucionais.

Na Colômbia, em 1991, a mudança de paradigma foi iniciada pelos docentes e estudantes universitários, culminando com a inclusão de mecanismos de democracia

participativa, reconhecimento de direitos fundamentais bem como a regulação do Estado na economia (VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU, 2010a, p. 17).

No Equador, as mobilizações foram organizadas pelos partidos e pelos movimentos indígenas. Na Venezuela¹³, as primeiras manifestações ocorridas nas ruas foram contra o sistema corrupto, elitista e marginal, acabando com a vitória de Hugo Chávez, em 1998, trazendo a igualdade, o avanço nos direitos e melhora na condição de vida dos venezuelanos à época. E, por fim, na Bolívia, também foi mobilizada a nova Constituição pelos movimentos indígenas e outros movimentos em busca de mais direitos sociais (VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU, 2010a).

Também no Brasil, os principais movimentos que atuaram para a construção da Constituição foram movimentos populares como: Movimentos pela Redemocratização, Movimentos do Clero Católico, Movimentos Feministas, a Pastoral da Terra, Movimento pela Anistia, Movimento Sindical, Movimento Estudantil, Movimento de professores e profissionais da educação, Movimentos dos Transportes Coletivos, Movimento dos Sem-Terra, Atingidos por Barragens, Movimento das Favelas, Lutas pelo pluriparidarismo e Protesto Indígena. Ainda, ressaltam-se Movimentos de luta pela propriedade, dos desempregados, contra aumento de passagens. Todos esses movimentos acabaram culminando o maior Movimento já ocorrido que foi o Movimento Diretas Já (GOHN, 1995).

Decorrente da insatisfação com o modelo político nacional, as lutas sociais eclodiram e com isso houve o saldo de inserir diversos direitos em leis bem como conquistar a participação pelo referendo, iniciativa popular e plebiscito. Assim, refere Gohn que “os novos direitos sociais brasileiros, ou a nova cidadania construída, representam mudanças na cultura política do país [...] e foram frutos da articulação entre a democracia institucional representativa e a democracia direta” (GOHN, 1995, p. 202), que nesse caso foi possível pelos movimentos sociais.

Por isso, é possível perceber como os movimentos sociais, tanto no Brasil quanto nos demais países da América Latina, tiveram importância para a mudança dos rumos de cada país e, as mobilizações sociais de 2013 inserem-se nesse contexto, embora tenham representado pouco para o que pretendiam, já que poucas foram as medidas tomadas pelos governos no tocante aos direitos fundamentais reclamados e postulados nas mobilizações.

Outro ponto convergente é pluralismo, previsto pela Constituição Federal Brasileira e pelas Constituições Latino-Americanas. A Constituição brasileira diz, em seu Preâmbulo, que um dos propósitos do País é a construção de uma sociedade pluralista, que respeita a pessoa humana, a sua liberdade e supera uma sociedade monista. Também, no art. 1º, inciso V, prevê como fundamento da República Federativa do Brasil o pluralismo político. No âmbito das demais Constituições analisadas, todas trazem a previsão da plurinacionalidade.

O pluralismo é a composição da sociedade reconhecendo a existência de diversos grupos sociais, culturais, econômicos e ideológicos em um mesmo espaço, o do Estado

¹³ As realidades Venezuelana e Brasileira acerca de manifestações populares e a compreensão do fenômeno do empoderamento é objeto de análise por Pompeu, Freitas e Souza (2016, p. 63-82).

– nação. E isso significa, segundo Liszt Vieira, questionar a “tradicional visão liberal de igualdade que sempre ignorou as diferenças socioeconômicas e culturais existentes na população” (VIEIRA, 2001, p. 230).

A perspectiva do Estado plurinacional representa uma superação à colonização que por muito tempo foi o marco do Estado latino-americano, conforme já analisado anteriormente, destacando principalmente os indígenas, reconhecendo sua pré-existência à Colônia europeia.

Essa lógica da plurinacionalidade implica reconhecer não a diferença, mas a diversidade de culturas e povos. Significa que não há um padrão para que possa ser reconhecido ou enquadrado no que já é conhecido. A diversidade é, portanto, a existência livre, “é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. A resultante do diálogo [...] será um novo argumento [...]” (DE MAGALHÃES, 2013).

É importante destacar que o constitucionalismo plurinacional demanda também a interculturalidade e o rompimento com as bases do Estado – nação. Nesse sentido, Henrique Weil Afonso e José Luiz Quadros de Magalhães explicam que isso acontecerá se o constitucionalismo for *dialógico* – abertura comunicativa e deliberativa –, *concretizante* – busca de soluções para situações complexas – e, *garantista* – construção de sentidos para os direitos fundamentais (AFONSO; MAGALHÃES, 2011, p. 272-273).

A plurinacionalidade obriga “a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, [...] es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado” (SANTOS, 2007, p. 24), nas palavras de Santos.

E Silva, enfim, diz claramente que “optar, pois, por uma *sociedade pluralista* significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos” (SILVA, 2007, p. 24), o que significa que ser pluralista ou plurinacional não requer a homogeneidade, mas sim, a diversidade, respeitada como essencial para o constitucionalismo democrático.

Com tal contexto e analisando-se a realidade brasileira diante da plurinacionalidade, a Constituição Federal reconhece os direitos indígenas nos arts. 231 e 232 e há também o Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, demonstrando o interesse na integração indígena, mas não próximo do direito à diversidade dos países latino-americanos (BRASIL, 1988).

Também, há previsão constitucional no sentido da garantia dos direitos culturais e proteção das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como, comunidades remanescentes dos quilombos, previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

As mobilizações sociais de junho de 2013, embora estivessem mais relacionadas aos direitos sociais, ainda podem ser analisadas sob um viés pluralista, no sentido de que, pela junção de muitas pessoas, ideias e grupos, pode-se dizer que diversas identidades estavam sendo representadas, citando-se, por exemplo, a luta contra a cura gay,

manifestações pela liberdade religiosa e proteção do meio ambiente e dos animais, ficando claro que o que ocorreu foi o pluralismo de opiniões.

Ainda fica a questão de outras diversidades como a sexual e religiosa, que tem sido amplamente discutida em diversos âmbitos como social, jurídico e moral e demonstra que as previsões são praticamente inexistentes ou, quando existem, ainda trazem o paradigma europeu, não havendo, por isso, respeito à pluralidade na Constituição.

O pluralismo, referente ao Estado plurinacional, revela-se no avanço do reconhecimento dos povos ancestrais e o Brasil encontra-se inserido no mesmo, ainda que em previsões incipientes, demonstrando que ainda há muito que avançar.

Mas, além disso, o pluralismo abrange não só o reconhecimento da diversidade dos povos e das culturas, como também, reconhece o constitucionalismo democrático participativo como base das Constituições latino-americanas¹⁴, tendo rompido e superado, definitivamente, com o modelo única e exclusivamente representativo que lhes havia sido imposto pelo colonizador europeu.

Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 142) refere que com isso admite-se a existência de “procedimentos plurais, descentralizados e não-formais com um ‘mínimo’ de institucionalização na esfera interativa de toda e qualquer ação humana coletiva, diferenciando-se da chamada institucionalização moderna [...]”, principalmente vinculada à representação política.

Veja-se que a participação social é destacada na Constituição da Colômbia pelo referendo e a iniciativa de lei ou reforma da Constituição. Na Venezuela há a possibilidade de referendo convocado pelo povo e da ação de revogação do mandato, bem como, o povo tem legitimação para proposta de emenda constitucional e de lei ordinária. Já no Equador, existe a previsão de consulta popular, do referendo e propostas de lei ou reforma constitucional originárias do povo. Enfim, a Bolívia prevê referendo para revogação de mandato e para conversão de município em autonomia indígena originária campesina. Também está prevista a iniciativa popular para leis ordinárias e, para reforma constitucional (DE OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 121-151).

De outra parte, para aclarar a questão do constitucionalismo democrático participativo no Brasil é necessário referir que o art. 1º, parágrafo único, ao povo é dado o exercício da soberania, sendo exercida por meio de representantes eleitos ou diretamente, sendo ele, “a fonte primária do poder, que caracteriza o *princípio da soberania popular*, fundamento do regime democrático” (SILVA, 2007, p. 40).

Ainda, a Constituição Federal apresenta uma institucionalidade participativa direta no art. 14, incisos I, II e III, quando declara expressamente que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.¹⁵

A participação, nos moldes constitucionais, através dos três instrumentos antes referidos, deve possibilitar ao povo exercer o seu poder, de acordo com o previsto no art. 1º da Constituição. Tal situação, na maioria das vezes, é ilusória.

¹⁴ Indica-se a leitura de Dasso (2009).

¹⁵ A Lei n. 9.709/98 que regulamentou os incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal.



E isto ocorre porque não se tem uma cidadania realmente livre, para exercer o poder que lhe foi conferido constitucionalmente, mas sim uma cidadania que é dependente dos poderes constituídos para que possa se manifestar (plebiscito e referendo), e uma cidadania regulada, porque no momento em que lhe é conferido o poder de manifestar-se, lhe são limitadas as matérias, chegando-se à conclusão de que a aludida participação “se dá muito mais com o objetivo de legitimar decisões dos órgãos governamentais, do que para inserir a sociedade como sujeito ativo no processo de definição das políticas públicas” (HERMANY, 2007, p. 186-187).

Em um comparativo dos mesmos instrumentos de democracia participativa previstos nas Constituições analisadas, verifica-se claramente que não cumprem a mesma função, uma vez que diferentemente do Brasil, as previsões latino-americanas atuam no sentido efetivo de ouvir o povo e trazer o povo para participar das decisões do governo.

Dessa forma, não há como compreender que a democracia participativa tratada no Brasil é a mesma dos países da Bolívia, Venezuela e Equador, pois a insuficiência dos mecanismos constitucionais de participação popular, tendo em vista o procedimento, as matérias e os requisitos somente faz com que o cidadão não desenvolva qualquer interesse em participar, e pelo fato de os instrumentos servirem apenas para legitimar outras decisões e não para discuti-las.

Verifica-se então que a maior força democrático-participativa não se encontra em tais disposições, mas sim, em outros mecanismos que surgiram em decorrência da Constituição Federal, principalmente no campo das políticas sociais, previstas em diversos artigos e que servem como mecanismos não institucionalizados, não fazendo parte do mecanismo estatal e por isso, deveriam ter maior adesão e incentivo.¹⁶

Essa nova forma de apropriação do poder pelo cidadão é chamada por Santos de contra-hegemonia em detrimento dos instrumentos dominantes, superando inclusive a doutrina capitalista e excludente. Assim, o uso contra-hegemônico significa a apropriação pelas classes populares dos instrumentos para o avanço das agendas políticas, além do que o Estado oferece e o capitalismo domina (SANTOS, 2010, p. 59).

Pois, é como referem Gargarella e Courtis (2009, p. 20) de que, quanto mais desconfiança se tiver nas disposições e habilidades da cidadania para atuar coletivamente, maiores tendem a serem as possibilidades de que se adotem instituições contra-majoritárias, ou que se limitem as faculdades dos órgãos representativos.

E nesse pluralismo participativo, reconhece-se como essencial a autonomia, a descentralização, o localismo, a participação, a diversidade e a tolerância. A autonomia

¹⁶ Na Constituição Federal destacam-se, por exemplo, as previsões contidas no art. 194, inciso VII, referente à participação dos trabalhadores na seguridade social, o art. 198, inciso III, referente à participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, o art. 204, inciso II, que dispõe sobre a assistência social, na educação o art. 206, inciso VI também possui como norte a gestão democrática no ensino e, por fim, o art. 227, § 7º, quando se refere ao atendimento dos direitos de crianças e adolescentes, dispondo que seja aplicado o art. 204 do diploma constitucional, ou seja, prevê a possibilidade da participação da sociedade na formulação e controle políticas públicas para crianças e adolescentes.

se manifesta em cada interesse particular, coletivo ou diante do Estado, a descentralização e localismo são o exercício do poder político-administrativo deslocado para esferas locais e fragmentadas e isso acaba criando a possibilidade da participação. Com isso, torna-se viável o respeito à diversidade e o exercício da tolerância com as identidades de cada pessoa (WOLKMER, 2001, p. 175-177).

E um dos pressupostos para que os cidadãos participem dos processos decisórios, além de estarem capacitados, é que tenham confiança na democracia, nos políticos e nas instituições, além da confiança de que através da sua participação é possível de transformar a realidade e, assim, construir uma democracia mais eficiente, voltada para o desenvolvimento social (BAQUERO; PRÁ, 2007, p. 164).

Mas, refere Oliveira, que “por mais que uma Constituição tenha adesão popular, ao contrário de ilação feita comumente, não há certeza da sua efetividade. Um amplo respaldo democrático é indicativo, mas não certeza da efetivação constitucional” (DE OLIVEIRA, 2010, p. 40-41).

Nesse ínterim, as mobilizações sociais de junho de 2013 representam um rompimento com a cidadania cansada anteriormente referida, de modo que supera o sistema de democracia representativa institucionalizado constitucionalmente, supera os mecanismos postos à disposição pelo mesmo texto constitucional e verbalizam demandas reais.

E, nesse sentido, aproximam-se das previsões constitucionais latino-americanas de participação social, mostrando que a mobilização pode ocorrer em qualquer momento, independente de canais institucionalizados pelo Estado, a exemplo das iniciativas populares previstas nas Constituições latino-americanas, embora os resultados, no Brasil, tenham sido de pouca expressão.

V. CONCLUSÃO

A proposta do presente estudo foi o abordar o constitucionalismo democrático-participativo, com a análise das mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 e a possível relação existente entre essas e o novo constitucionalismo latino-americano, passando inclusive pela compreensão do constitucionalismo democrático brasileiro.

Com isso, inicialmente foi possível compreender que a evolução nos modelos de Estado no Brasil trouxe mudanças consideráveis conforme a época em que existiam, passando desde um modelo liberal, em que valia a preservação dos direitos individuais em detrimento do Estado e da coletividade, após, pelo surgimento dos direitos sociais e então, o Estado democrático, que preza, ao menos em tese, pela participação da sociedade em suas decisões, ainda que por canais institucionalizados.

Relacionados com a abertura democrática prevista no texto constitucional brasileiro, até por esse ter sido o precursor, estão os países da América Latina, em especial Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, que formam o chamado novo constitucionalismo latino americano.

Esse novo constitucionalismo latino-americano vem com a evolução das concepções estatais e principalmente, com o ideal de superar o colonialismo e paradigma europeu que tanto subjugou as comunidades desses países por longos

anos. Entre as principais conquistas, restaurou-se o poder dos Estados e com isso passou-se a respeitar a diversidade e a pluralidade de povos, principalmente os indígenas, que assumiram o lugar que lhes foi tirado quando da colonização.

Além disso, a participação social assumiu lugar de relevância no sistema constitucional, uma vez que foram criados mecanismos que possibilitam aos cidadãos participar e se manifestarem nas decisões estatais, bem como, dar início a processos de alteração de lei, de proposição de lei e de reforma constitucional, tudo por meio dos mecanismos do referendo e da iniciativa popular.

Enfim, o objetivo do estudo foi alcançado ao abordar-se a relação existente entre as mobilizações sociais no Brasil em 2013 e o novo constitucionalismo latino-americano, demonstrando pontos de semelhança e de divergências, podendo-se destacar que os movimentos que possibilitaram o novo constitucionalismo identificam-se mais com os movimentos da década de 1980 no Brasil do que as mobilizações de 2013.

Ainda, outro aspecto analisado é referente ao respeito à diversidade de povos e culturas, ficando demonstrado que o Brasil, diante dos países latino-americanos analisados ainda está atrás, pois algumas situações ainda não estão regulamentadas, sendo este também um motivo para as mobilizações que foram às ruas no ano que passou.

Enfim, destaque maior recebeu a participação social possibilitada no Brasil e nos países latino-americanos, de forma que se percebeu que ambos possibilitam a participação por instrumentos semelhantes, mas o objetivo final é alcançado nos países latino-americanos, já que no Brasil tais instrumentos são deficitários e pouco usados.

Por isso, o poder político exercido de forma descentralizada, não apenas pelo governante, mas sim, pela própria sociedade, é uma das marcas de um governo democrático, onde as relações de poder são estendidas aos indivíduos, assegurados espaços de participação e atendimento à demandas da sociedade através, principalmente de políticas públicas.

Portanto, é claro que ao assumir um papel ativo no processo de construção de decisões públicas a sociedade demonstra o vínculo que possui com a garantia dos direitos constitucionalmente previstos e o esforço que desempenha para poder concretizá-los. É exatamente esse o sentido do pluralismo participativo constitucional democrático dos países latino-americanos em estudo e que as mobilizações sociais ocorridas no Brasil em 2013 tentaram passar para os governos e a própria sociedade, buscando resgatar o protagonismo social.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jun. 2011.



ALFONSIN, Betânia de Moraes *et al.* As manifestações de junho de 2013, o processo de construção dos direitos de cidadania no Brasil e o direito à cidade. **Revista de Direito da Cidade**. v. 7, n. 1, p.71-90, 2015.

ALMEIDA, Marina Corrêa. O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento do Outro pela via do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2013. 174p.

AMADEU, Sérgio. Conferência proferida no TEDx Monte Alegre. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/coloquio/noticia/3395-tedx-promove-palestras-sobre-multipolaridade-em-sao-paulo>. Acesso em 21 out. 2013.

BAQUERO, Marcello; PRÁ, Jussara Reis. **A democracia brasileira e a cultura política no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **As máscaras do poder**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 6, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4 ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003 (2003a).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003 (2003b).

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 (2003c).



BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DE PASSOS, José Joaquim Calmon. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

DASSO, Aragon Érico Júnior. As novas constituições latino-americanas do século XXI: os casos da Bolívia, Equador e Venezuela. **XXI Congresso Mundial de Ciência Política (IPSA)**, Santiago, 2009.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FALK, Richard. Uma matriz emergente de cidadania: complexa, desigual e fluida. In.: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas y interrogantes. **Série Políticas sociales**. Santiago do Chile: ONU, CEPAL, 2009.

GOHN, Maria da Glória. **História dos Movimentos e Lutas Sociais**: a construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos Sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HERMANY, Ricardo. **(Re) Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: IPR, 2007.



HOUTART, François. El concepto de Sumak Kawsai (buen vivir) y su correspondência con el bien comum de la humanidad. **Instituto de Altos Estudios Nacionales para el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador**, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Como os déficits de interlocução política atingem a atuação da cidadania democrática no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 7, p. 217-248, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCATELLI, Piero. **#VemPraRua**: as revoltas de junho pelo jovem repórter que recebeu passe livre para contar a história do movimento. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Democracia deliberativa, pobreza e participação política. **Política & Sociedade**, n. 11, outubro – 2007, p. 183-197.

DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Violência e modernidade: o dispositivo de Narciso. A superação da modernidade na construção de um novo sistema mundo. 2011. Disponível em:
<<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/02/197-teoria-do-estado-primeiras-aulas.html>>. Acesso em 19 jan. 13

DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Direito à diversidade individual e coletivo e a superação de uma teoria da constituição moderna. 2013. Disponível em:
<<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/11/1372-ensaios-direito-diversidade.html>>. Acesso em 19 jan. 13.

DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 13, n. 26, jul/dez, 2010.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. **Revista da Anistia Política e justiça de transição**, n. 5, janeiro/junho, 2011.



NOBRE, Marcos. **Choque de democracia: razões da revolta.** Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As ruas e a democracia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Direitos humanos e direitos não-humanos.** In: Direito Público e evolução social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 63-113.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Direitos da natureza e Direito dos Animais: um enquadramento.** Juris Poiesis, 2012.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Morte e Vida da Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade; Economia Verde; Direito dos Animais; Ecologia Profunda: algumas considerações. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 365-404.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; STRECK, Lenio. Um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. Por uma teoria geral do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2012, p.121-151.

PINTO, Céli Regina Jardim. A trajetória discursiva das manifestações de rua no Brasil (2013-2015). **Lua Nova**. São Paulo, 100: 119-153, 2017, p. 120.

POMPEU, Gina Vidal; FREITAS, Ana Clara Pinheiro; SOUZA, Alberto Dias de. Hannah Arendt e as manifestações populares do Brasil e da Venezuela: compreensão fenomenológica. **Revista Debates**. Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 63-82, set.-dez. 2016.

PUTNAM, Robert. **Solo em la bolera: Colapso e ressurgimiento de la comunidad norteamericana.** Trad. José Luis Gil Aristu. Barcelona, Galáxia Gutenberg; Círculo de Lectores, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinención del Estado Y el Estado Plurinacional. In.: **Alianza Interinstitucional CENDA – CEJIS – CEDIB**. Santa Cruz de la Sierra, Bolívia, 3-4 abr, 2007 (2007a).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Trad. Mouzar Bedito. São Paulo: Boitempo, 2007 (2007b).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHERER-WARREN, Ilse. Dos movimentos sociais às manifestações de rua: o ativismo brasileiro no Século XXI. **Política & Sociedade**. Florianópolis, v. 13, nº 28, set-dez de 2014, p. 13-34.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Multiculturalismo e direitos coletivos. In.: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e teoria do estado**. 7 ed., 2. tir. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.

TULLA I PUJOL, Antoni Francesc; ROCHA, Fernando Goulart; SAMPAIO, Fernando dos Santos. Manifestações populares no brasil atual: sociedade civil em rede e reivindicações sobre o poder político. **XIII Coloquio Internacional de Geocrítica El control del espacio y los espacios de control Barcelona**, 5-10 de mayo de 2014. Disponível em:



<<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2014/Antoni%20Francesc%20Tulla%20i%20Pujo%20l.pdf>>. Acesso em 01 set. 2018.

VAZ, Alexander Cambraia N. Modelando a participação social: uma análise da propensão à inserção em Instituições Participativas, a partir de características socioeconômicas e políticas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 10, janeiro - abril de 2013, p. 63-106.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, n. 25, p. 07-29, 2010 (2010a).

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Corte Constitucional del Ecuador, 2010 (2010b).

VIEIRA, Listz. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Listz. **Cidadania e Globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 142.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo**: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo, 2003.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial em los países andinos. **Revista El Otro Derecho**, n. 30, Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004, p. 171-196. Disponível em: <www.ilsa.org.co/publicaciones/otroderecho.htm>. Acesso em 20 jan. 13



**ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NÃO-ESTATAIS,
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TRANSPLANTES
JURÍDICOS: EM DEFESA DO DESCOLONIALISMO NA AMÉRICA
LATINA**

**NON-STATE INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, ECONOMIC
DEVELOPMENT AND LEGAL TRANSPLANTS: IN DEFENSE OF
LATIN AMERICAN DECOLONIALISM**

ROBERTO GUILHERME LEITÃO ¹

RESUMO: A compreensão dos problemas do desenvolvimento econômico na América Latina, sob uma matriz regional e uma lógica metrópole-colônia, suscita e perpassa algumas considerações relacionais que envolvem as ideias império, leis de império, Estado de Direito, Teoria dos Transplantes Legais (*legal transplants*) e a Escola direito e desenvolvimento (*law and development*). A questão que se coloca é: Como estabelecer e conceber um modelo de desenvolvimento econômico emancipatório (descolonial), a partir das necessidades e desigualdades próprios da região, frente a multiplicidade de institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder econômico, notadamente frente as condicionalidades e condicionantes dos Organismos Internacionais Não-Estatais (Banco mundial)? Este é o objeto central do artigo. A pesquisa é eminentemente documental, tendo como referencial teórico o conceito de teoria dos transplantes legais, "law and development" e a matriz desenvolvimentista descolonial, desenvolvidos pelos Professores Watson, Mattei, Frankenberg, Lopez-Medina e Mignolo. O método de investigação científica, ou seja, analítico substancial. O artigo aborda as teorias de comparação constitucional, em uma perspectiva dinâmica dos "fluxos jurídicos", próprio do contexto normativo globalizante, utilizando-se fundamentos doutrinários da Teoria dos *legal transplants* contextualizados histórica e culturalmente com a realidade latino-americana, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador do desenvolvimento

251

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza UNIFOR/PPGD. Professor universitário - FANOR-DeVry Brasil. Procurador Federal - AGU. E-mail: rguilhermeleitao@hotmail.com



econômico. Por fim, demonstra-se que a internacionalização de modelos de desenvolvimento econômico consagra reformas políticas-institucionais e jurídicas, engendradas por Organismos Internacionais Não-Estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Organismos internacionais não-estatais; Transplantes Legais; Desenvolvimento econômico; Descolonialismo; América-latina.

ABSTRACT: The understanding of the problems of economic development in Latin America, under a regional matrix and a metropolis-colony logic, raises and perpasses some relational considerations involving empire ideas, empire laws, the rule of law, legal transplant theory (transplants) and the School law and development. The question that arises is: How can we establish and devise a model of emancipatory (decolonial) economic development, based on the region's own needs and inequalities, in face of the multiplicity of institutes and instruments of ordering-manipulation of economic power, notably in view of the conditionalities and constraints of non-state international organizations (World Bank)? This is the central object of the article. The research is eminently documentary, having as theoretical reference the concept of legal transplantation theory, "law and development" and the decolonial developmental matrix, developed by Professors Watson, Mattei, Frankenberg, Lopez-Medina and Mignolo. The method of scientific investigation, that is, analytical substantial. The article deals with theories of constitutional comparison, in a dynamic perspective of "juridical flows", typical of the globalizing normative context, using doctrinal foundations of the theory of legal transplants contextualized historically and culturally with Latin American reality, in the purpose of consecrating identity and legitimizing foundation of economic development. Finally, it is shown that the internationalization of models of economic development consecrates political-institutional and legal reforms, engendered by Non-State International Organizations.

KEYWORDS: Non-State international organizations; Legal transplants; Economic development; Decolonialism; Latin America.

I. INTRODUÇÃO

A compreensão dos problemas do desenvolvimento econômico na América Latina, sob uma matriz regional, suscita e perpassa algumas considerações relacionais que envolvem as ideias de império, leis de império, Estado de Direito, Teoria dos Transplantes Legais (*legal transplants*) e a Escola direito e desenvolvimento (*law and development*). Tal lógica, que vincula e aproxima o direito internacional econômico

(Organismos Internacionais Não-Estatais) à herança colonial, e consagra os modelos político-institucionais e econômico-sociais de desenvolvimento econômico na região, dá contornos e norteamentos nos ordenamentos jurídicos dos países latinos americanos. A questão que se coloca é: Como estabelecer e conceber um modelo de desenvolvimento econômico emancipatório (descolonial), a partir das necessidades e desigualdades próprios da região, frente a multiplicidade de institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder econômico, notadamente frente as condicionalidades e condicionantes dos Organismos Internacionais Não-Estatais (Banco mundial)? Este é o objeto central do artigo.

Para tanto, o desenvolvimento econômico há de ser concebido como um sistema institucional e jurídico complexo, isto é, como sistema no qual a interação entre atores e processos, numa relação espaço-temporal, que apresenta diversidade e dinâmica próprios, e, portanto, com natureza jurídica-normativa incompatível com a matriz desenvolvimentista propostas pelo Banco Mundial nas cartilhas do World Bank legal report.

Com efeito, há de ser feita uma análise dos fluxos normativos dos elementos marcantes dos arranjos institucionais e normativos que caracterizam e condicionam os modelos de desenvolvimento econômico, consagrados e patrocinados por organismos internacionais não-estatais. Dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências impostas por Organismos Internacionais, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico e político-institucional propício ao desenvolvimento econômico na América Latina.

II. TEORIA DOS TRANSPLANTES LEGAIS: JURISTAS COLONIZADOS?

O artigo aborda as teorias de comparação jurídica, numa perspectiva dinâmica dos "fluxos jurídicos", próprio do contexto normativo globalizante, utilizando-se fundamentos doutrinários da Teoria dos transplantes legais, contextualizados histórica e culturalmente com a realidade latino-americana, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador da matriz desenvolvimentista da América Latina.

Por fluxos jurídicos concebem-se interações comunicativas que ocorrem entre os operadores do direito de diversos ordenamentos e racionalidades jurídicas. Esta dinâmica normativa produz imitações, migrações de ideias constitucionais, empréstimos constitucionais entre várias ordens jurídicas. Toda a dinâmica e fluxo de formantes e fontes jurídicas revela grande similitude entre a realidade experimentada entre Metrópole-Colônia nos séculos XV e XVI, diante da realidade vivida no ocaso do século XX e início do século presente.

Com efeito, a historicidade e as experiências imperiais da América Latina consagraram e imprimiram as políticas, o ensino e as práticas do direito na região, impondo e condicionando o padrão eurocêntrico das metrópoles (Espanha, Portugal, França e Inglaterra). Outrossim, é imperioso consignar a narrativa imperial, com o transcorrer dos séculos, alterou-se em forma, mas não na essência. Em sentido conforme, Sara Araújo (2015, p. 26-46), Investigadora do Centro de Estudos Sociais da

Universidade de Coimbra, em artigo “Desafiando a Colonialidade: A Ecologia de justiça Como instrumento Da descolonização Jurídica” constata que:

O colonialismo europeu não foi apenas um projeto econômico e político, que envolveu a exploração de recursos e a dominação política de povos, tendo terminado com as descolonizações formais. Deixou um legado de injustiça, assente na colonialidade do poder (Quijano, 2009), alimentado por uma estrutura colonizadora responsável pela marginalização de sociedades, culturas e seres humanos (Mudimbe, 1988). Se as relações políticas mudaram com o fim político dos impérios coloniais, as narrativas hegemônicas sobre as quais assentou a alegada superioridade dos países do Norte não foram decisivamente postas em causa e são constitutivas do projeto da modernidade.

Portanto, o colonialismo e o movimento descolonial guardam consigo operacionalidades e similitudes de dominação política dos povos que demonstram o caráter imperial, veiculados por leis imperiais (e posteriormente do imperialismo pós-colonial, neo-imperial) imbricadas com narrativas históricas de gestão e governos, intervenções políticas, econômicas de direito internacional e do direito nacional ou doméstico.

Walter Mignolo (2008, p. 239-252) defende o contexto histórico de construção e conformação da América Latina guardando imbricada relação com o passado imperial da colonização. No trabalho “Novas reflexões sobre “Ideia da América Latina”: a direita, a esquerda e a opção descolonial”. O autor assevera que:

O Novo Mundo e a América são invenções europeia-cristãs, cujos agentes foram as monarquias e, em seguida, os estados-nacionais do Atlântico. A formação histórica do mundo moderno-colonial resultou das ações e das narrativas produzidas basicamente em quatro das seis línguas modernas imperiais: português, castelhano, francês e inglês. (...) Por tudo isso, é necessário atender ao nível ontológico da ideia da América Latina, e prestar atenção além do mais ao nível ôntico. Isto é, não aceitar a América Latina como uma coisa natural e contar histórias do que lá acontece, esquecendo que tudo que lá ocorre tem sua razão de ser na história imperial-colonial de como a América Latina foi constituída.

Nesta ambiência de Metrópole-colônia, as leis imperiais de outrora, guardam aproximada relação com as reformas político-institucionais e jurídicas impostas e condicionadas por organismos internacionais não-governamentais, engendradas por nações desenvolvidas. O elemento de *descrímen*, há de ser ressaltado, no caso da América Latina, nos casos de fluxos normativos é a existência de transferências voluntárias e outras frequentemente violentas, resultantes da teorização da teoria da lei imperial consagradora do processo geral de americanização do pensamento jurídico.

Como consequência do fenômeno, forma-se uma camada dominante dos sistemas jurídicos em todo o mundo e é produzida, no interesse do capital internacional, por uma variedade de instituições públicas e privadas, e compartilhada com uma lacuna de legitimidade.

Neste contexto, o referido modelo legislativo é moldado por um processo espetacular de contundência, para fins de dominação hegemônica, estabelecendo e subordinando arranjos legais locais de todo o mundo, reproduzidos em escala mundial o mesmo fenômeno do dualismo legal que até agora tem como característica o direito internacional dos países em desenvolvimento.

A internacionalização de modelos políticos-institucionais e jurídicos, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a Soberania Política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma normativo tanto a nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional. Reforçando, Ferrajoli (2005, p. 222) constata que "o Ocidente exportou durante o século passado um modelo já em estado de crise nacional, e, em conjunto, a ilusão de que havia garantias suficientes para autodeterminação e independência."

Ocorre, no entanto, que tal modelo pressupõe um processo decisório antecipado tomadas de decisões no centro do mundo: isto é, das políticas decididas "democraticamente" pelas maiorias ricas e influentes de um número restrito de potências ocidentais que controlam Instituições internacionais e o direito internacional econômico delas resultantes.

Inicia-se abordando o constitucionalismo latino-americano, revelando-se um constitucionalismo com institutos, instituições e dinâmicas próprios. Para tanto, primeiramente, realiza-se uma análise bibliográfica de títulos nacionais e estrangeiros, notadamente estes últimos, dando-se ênfase à doutrina de centro acadêmicos com realidade social, cultural e econômica que guarde similitude com a realidade brasileira após-1988.

Outrossim, é estudado e compilado bancos de dados institucionais, nacionais e de atores e agentes internacionais e multilaterais, notadamente as agências do Banco mundial. Por fim, far-se-á uma análise crítico-construtiva e histórica das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais Não-Estatais, de natureza econômica e financeira, notadamente as engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional latino-americano, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas deste fenômeno frente o Estado de Direito.

III. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: HÁ UM *IUS* *CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA AMERICA LATINA?

O equacionamento destas questões denota as premissas do trabalho, no sentido de se buscar de que forma, com qual engenharia político-institucional e normativa, os países pertencentes à geopolítica latino-americana salvaguardam os seus respectivos

mercados internos das ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não-Estatais.

Inicialmente, deve-se enfrentar aos questionamentos: há um constitucionalismo de matriz latino-americana? Se há, há um direito internacional de matriz latino-americana? O que há de originalidade na Região que revela um direito internacional de matriz latino-americana com institutos, instituições e dinâmicas próprios a ponto de adjetiva-los? A resposta somente pode ser positiva, para o primeiro questionamento. Já para a segunda pergunta, na América Latina, o Imperialismo e colonialismo presente na Região conformou um modelo de direito internacional colonial, próprio dos séculos XIV e XV. E a razão surge do cotejo entre o constitucionalismo liberal clássico e o constitucionalismo latino-americano. Gisele Cittadino, ao imprimir a juridicidade estatal (monismo), consagra o modelo do constitucionalismo clássico:

O constitucionalismo clássico, de matriz liberal, associa o ordenamento normativo a defesa da autonomia privada dos sujeitos não apenas porque ela fixa os limites dos mecanismos da violência monopolizada pelo Estado, mas também porque institucionaliza os processos de tomada de decisão, de elaboração legislativa e da aplicação da lei aos casos concretos. Não é por outra razão que os ordenamentos normativos costumam ser analisados como sistemas jurídicos vinculados aos Estados, ou, em outras palavras, o modelo dominante de juridicidade é o direito estatal. (CITTADINO, 2017, p. 01)

Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo, próprio do ocaso do século XX e início do século XXI, e sob a égide do fenômeno da mundialização da economia de mercados, da política, da governança global padece de novas engenharias normativas e institucionais na consecução de ordenar juridicamente tal fenômeno.

Acresça-se aos efeitos da mundialização, na matriz constitucional contemporânea, as condicionantes da fragmentação e a privatização. Tais problemas suscitam a constitucionalização de regimes regulatórios transnacionais e supranacionais bem como a emergência de novas formas de colisão entre regimes normativos (*latu sensu*), que alteram os mecanismos de funcionamento e exercício do poder estatal. Nas formas emergentes de administração do direito e do poder regulatório em nível transnacional e supranacional (HOLMES, 2014, p. 1137), as Políticas Públicas de desenvolvimento econômico padecem de interferências determinantes e condicionantes por atores internacionais não-estatais.

Neste contexto de mundialização de mercados, fragmentação de racionalidades normativas e privatização de atores não-estatais globais, que o constitucionalismo contemporâneo busca compatibilizar sua matriz liberal e monista estatal originária com o contexto histórico, político, econômico e jurídico constitucional atual.

A solução de compatibilidade entre o constitucionalismo clássico, de matriz liberal, e o constitucionalismo contemporâneo possibilita a emergência de ordens plurais para além do Estado nacional, veiculadas por termos como “pluralismo jurídico” (TEUBNER, 1996, p. 04). Esta pluralidade de racionalidades normativas possibilita ao

constitucionalismo latino-americano se insurgir do processo histórico de colonização, desconstruindo-se e buscando alternativas emancipatórias. Neste contexto, pertinente a observação de Valéria Ribas do Nascimento, Evilhane Jum Martins e Micheli Capuano Irigaray:

O Constitucionalismo Contemporâneo na América Latina vem surgindo enquanto mudança de paradigma que visa implementar parâmetros de descolonização e reaproximação das características originárias dos povos latinos em sua essência, permeando pela representação do Estado Plurinacional, para o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano. Esse novo modelo constitucional latino-americano é fruto de reivindicações de comunidades locais, que em todo contexto histórico existente até a atualidade, manteve sua identidade sociocultural própria excluída do cenário global. (NASCIMENTO; MARTINS; IRIGARAY, 2016, p. 544)

O constitucionalismo latino-americano surge como consectário do Estado Plurinacional, fruto das vicissitudes históricas, políticas, econômicas e jurídico-constitucionais. E mais, surge uma *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), veiculando uma abordagem regional-local sobre o constitucionalismo transformador (VON BOGDANDY, 2015, p. 03). A razão para o direito constitucional comum latino-americano se revela nos seguintes termos:

Esse enfoque se assenta na inquietante experiência adquirida com as inaceitáveis condições de vida existentes, e aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina, por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de direito e dos direitos humanos. Os problemas comuns aos países latino-americanos, tais como a exclusão de amplos setores da sociedade, bem como a deficiente normatividade dos direitos, são temas centrais dessa abordagem. O ICCAL não aposta somente na integração funcional da região, mas sim em um constitucionalismo regional dos direitos com garantias supranacionais. Como resultado deste, os representantes do ICCAL reconhecem a tão estreita relação que existe entre os direitos constitucional, internacional e comparado. A abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais de numerosos países latino-americanos, com o direito internacional e, em particular, com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, é de particular importância e constitui o núcleo normativo do ICCAL. (VON BOGDANDY, 2015, p. 04)

Superados os três questionamentos iniciais, quais sejam: 1) há um direito internacional latino-americano? 2) há originalidade neste direito internacional com institutos, instituições e dinâmicas próprios a ponto de adjetiva-los? 3) Há uma

homogeneidade, sem que haja necessariamente identidade, na realidade jurídico-constitucional dos países integrantes da América Latina?; o presente artigo tem por fim enfrentar e dimensionar as formas de ingerências dos organismos internacionais não-estatais nas políticas de desenvolvimento econômico nacionais, frente o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL).

Para tanto, e com a utilização das teorias dos *legal transplants* e da *law and development*, são descritas políticas de desenvolvimento econômico engendradas pelo Banco Mundial², bem como o nível de inserção e ingerência destas nas políticas nacionais de desenvolvimento econômico.

IV. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A COMPREENSÃO REFERENCIAL *LEGAL TRANSPLANTS* E ESCOLA DA *LAW AND DEVELOPMENT*

A O presente tópico do artigo visa ao abordar as teorias do direito comparado, na América Latina, numa perspectiva dinâmica dos "fluxos jurídicos", em um contexto normativo globalizante, de matiz desenvolvimentista. Para tanto, utiliza-se fundamentos doutrinários da Teoria dos *legal transplants* (WATSON, 1993, p. 17; FRANKENBERG, 2007, p. 173; MATTEI, 1994, p. 06; LOPEZ-MEDINA, 2015, p. 137) contextualizando histórica e culturalmente, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador ao constitucionalismo latino-americano.

Lucio Pegoraro (2014, p. 33) em ensaio *Trasplantes, injertos, diálogos: Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado* adverte para a pluralidade de nomenclaturas utilizadas para se referir ao mesmo fenômeno jurídico: "*trasplantes*", "*legal borrowing*", "*migracion*" "*turismo legal*" "*cross-fertilizacion*" e "diálogos" com variantes devidas aos sistemas jurídicos que originam.

Caracterizados e contextualizados os fluxos normativos, notadamente pela teoria dos *legal transplants*, o texto lança luzes nas interferências e condicionantes dos atores internacionais não-estatais, de natureza econômica e financeira, notadamente as engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, e da América Latina como um todo, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas deste fenômeno frente os Estado nacionais.

Com efeito, as múltiplas significações dos termos teoria dos *legal transplants* e Escola da *Law and development* nos apresenta útil para uma mais apropriada apreensão do tema. Observe-se que o debate acadêmico das temáticas tem suscitado no estudo das ciências jurídicas metodologias sobremaneira alargadas e, diante da multiplicidade de enfoques, necessárias são alguns esclarecimentos conceituais. Para

² A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) foi estabelecida pela resolução 106 (VI) do Conselho Econômico e Social, de 25 de fevereiro de 1948, e começou a funcionar nesse mesmo ano. Mediante a resolução 1984/67, de 27 de julho de 1984, o Conselho decidiu que a Comissão passaria a se chamar Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe.

tanto, maior ênfase será dada às significações com reflexos na ordem jurídico-constitucional.

Inicia-se pela da teoria dos *legal transplants*. A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, e por via de consequência, de seus efeitos, vem sendo objeto de estudo multidisciplinar, que, por muitas vezes, acertadamente, interagem e concebem múltiplas teorias acerca da sua compreensão. Marcelo Neves na obra "Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas", aponta para a dificuldade ciência jurídica tradicional conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito frente a prescindibilidade estatal, vez que o Estado-Nação habita o cerne da doutrina do direito internacional. Neste contexto, Neves (2010, p. 09) assevera:

A emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientista sociais em geral. O que intriga a "ciência" jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordem jurídica que prescindem do Estado ou como ordem jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.

259

Em estudo acerca da relação existente em transnormatividade e cosmopolitismo jurídico, Branco (2014) sintetiza a ideia de transnacionalidade do Direito como "fenômeno jurídico-axiológico que se consolida mediante a transcendência e a capilaridade de normas e regulamentos internacionais sobre o direito doméstico dos países".

Com efeito, o binômio transcendência-capilaridade (ou, para os fins do estudo, cartilha de reformas do Banco Mundial/*legal transplants*) é atributo das políticas econômicas engendradas pelo Grupo do Banco Mundial, notadamente na matriz neo-institucionalista de desenvolvimento consagrada, que perpetra frequentes reformas político-institucionais, com arranjos jurídicos-processuais subjacentes. No cumprimento das metas das cartilhas do *World Bank legal report*.³

E qual é relação entre o exposto até aqui e o tema do presente trabalho? Essa relação pode ser instrumentalizada por meio da compreensão de que o conflito entre duas ordens – Nacional/Regional e transnacional (ou, ordem constitucional e Banco Mundial) - poderia ampliar ainda mais o suposto grau de colisão e irracionalidade na aplicação do direito (SILVA, 2009, p. 101). Isso porque teríamos dois níveis de sopesamento entre pelo menos dois modelos de direito constitucional.

³ Veja <http://www.worldbank.org/en/events/2017/03/28/law-justice-and-development-week-2017>. Acesso em 06 jun. 2017.



O constitucionalmente consagrado (constitucionalismo latino-americano), e por via de consequência, concebido sob um viés de historicidade, subjacente a direitos sociais advindos da redemocratização latino-americana e, de outra perspectiva, o transplantado de modelos de nações desenvolvidas, de natureza exógena, pois concebido por atores internacionais não-estatais e, construídos sob um arcabouço jurídico da *common law*.

Gunther Teubner (2012, p. 21) defende a tese do conflito das racionalidades na obra *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Para o autor, o antagonismo das lógicas jurídicas entre os diferentes subsistemas (a razão de natureza constitucional desenvolvimentista consagradas na Constituição Federal de 1988 diante do modelo do *law and development* concebido pelo Banco Mundial) e sua consequente colisão entre a racionalidade de um subsistema com as diferentes racionalidades que os vários atores têm de uma sociedade global (notadamente o Banco Mundial) e, ainda, conflitos de racionalidades de um subsistema com os próprios padrões racionais compreendidos como necessários para sua expansão tornam-se frequentes e contraproducentes. Marcelo Varela (2012, p. 104) em sentido conforme, corrobora:

Direito nacional e direito internacional ampliam seus elementos comuns. O direito constitucional é pressionado em função do aumento da governança internacional, que se torna cada vez mais efetiva, removendo barreiras centrais para alcançar os ordenamentos domésticos. Ambos, direito nacional e direito internacional, sofrem mudanças radicais. A clássica distinção entre a esfera doméstica e a internacional torna-se menos nítida, sobretudo em alguns temas e regiões.

Para que se possa estabelecer um juízo acerca dos dilemas e os desafios propostos pela emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, no que se refere ao modelo desenvolvimentista latino-americano e o conflito não aparente com as políticas jurídico-institucionais, patrocinadas pelo Banco Mundial, há de se enfrentar questões centrais a saber: 1) Identificar qual a relação existente entre "*rule of law*" e a matriz desenvolvimentista do Banco Mundial e da Cepal; 2) Discutir de que maneira o modelo econômico de desenvolvimento constitucionalmente consagrado tem incorporado os relatórios de aconselhamento do Banco Mundial; 3) Examinar qual das concepções da Escola "*Law and Development*" a ser adotada, vislumbrando os atores internacionais e nacionais ativamente envolvidos; 4) Conceber a relação existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídico e/ou institucionais, notadamente nos preceitos constitucionais consagrados nas constituições latino-americanas.

V. COMMON LAW, RULE OF LAW E A MATRIZ DESENVOLVIMENTISTA DO BANCO MUNDIAL

As instituições de direito internacional econômico, ou Organismos Internacionais Não-Estatais, concebem a ideia de desenvolvimento econômico atribuindo intrínseca relação com uma matriz institucional e de arranjos normativos concebidos no sistema



jurídico da *common law* e, portanto, discrepando das normatividades latino-americanas, todas de natureza romano-germânica(*civil law*).

Neste diapasão, a Teoria dos transplantes jurídicos, consagrando os modelos globalizantes de capital e a matriz do *rule of the law*, veiculou e propagou o modelo de desenvolvimento econômico, financiado pelo Banco mundial, sob a condicionante de reformas institucionais, jurídicas e de gestão administrativa em toda América Latina. "É difícil imaginar uma outra expressão do discurso político anglo-americano, que seja melhor conhecida e prestigiada a nível global do que a *rule of the law*."

Parte do prestígio do engenho político-institucional fora consagrados, no entendimento de Mattei, em ensaio *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development* pela experiência constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, que:

Forneceram um impulso vital para o prestígio do Estado de direito. Especificamente, em *The Federalist Papers* (em particular, no Madison Nº 10 e de Hamilton Nº 23), o Estado de Direito foi concebido como a única maneira de garantir a estabilidade política numa sociedade caracterizada por desigualdades e em que ricos proprietários estavam em minoria e deviam ser defendido contra a maioria da população que não possui propriedade. O Estado de Direito, que era confiado aos tribunais, possuía a sabedoria de proteção jurídica da propriedade privada, essencial e permanente garantia institucional para os proprietários na ordem constitucional americana pós-revolucionária e destinada a ganhar a hegemonia em todo o mundo atual. (MATTEI, 2009, p. 92)

A internacionalização de modelos políticos-institucionais e jurídicos-constitucionais, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a Soberania Política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma constitucional tanto a nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional. Ocorre, nas palavras de Ferrajoli (2005, p.), "deformação das linhas tradicionais da democracia política e do Estado de Direito iniciada a partir da crise do Estado-Nação soberano, e sua localização através das fronteiras nacionais, resultante do processo de globalização de parcelas crescentes poder, tanto pública como privada."

Na Era das mundializações, porque são múltiplas, policêntricas e amórficas, as necessidades e pautas de reivindicações de cada país latino-americano se tornam estereis das políticas de desenvolvimento econômico endógenas, para, progressivamente, agentes exógenos, notadamente por meio do Banco mundial, legitimados por poderes apolíticos e sob a chancela do desenvolvimentismo institucionalizado.

Esta dinâmica, própria do capitalismo de mercado, se aplica especialmente para os países em vias de desenvolvimento, como é o caso brasileiro e da América Latina, em sua totalidade. Em ensaio lançado originariamente em inglês, *Plunder: when the rule of*

law is illegal, Mattei e Nader (2008, p. 12), desconstroem o termo *rule of law*, ao acentuar que o termo, de origem do *common law* fora concebido sem qualquer reivindicação democrática, e fundamente: "O Parlamento Inglês não era uma instituição democrática."

Acresça-se às ideias defendidas acerca da teoria dos transplantes legais, de sua vinculação ao conceito do *rule of law*, instrumento normativo da mundialização do capital e, nas palavras de Michael Hardt e Antonio Negri (2002), Niall Ferguson (2003), a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão. Negri defende a tese que a construção de consensos (o Consenso de Washington é emblemático neste sentido) suscita a incapacidade de determinação dos povos e Nações. É, por via de consequência, que a recepção ou adoção de padrões-tipo (*standards*) jurídico-normativos se faz premente.

VI. THE WORLD BANK LEGAL REVIEW, LAW AND DEVELOPMENT E O DESENVOLVIMENTISMO EXÓGENO

"A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia" (NORTH, 1997, p. 227). Com tal postulado, Douglas North consagrou o entendimento que fora força motriz de escola neoinstitucionalista e, por via de consequência, dos programas do Banco Mundial em políticas de desenvolvimento econômico da América latina, sobretudo no Brasil.

Com efeito, ao idealizar as estruturas Institucionais como motor propulsor do desenvolvimento econômico, foram vislumbradas possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo desenvolvimentista - periférico e tardio, resultante da falência de um Estado providente ou welferista - e, como consequência, surge a necessidade premente das reformas de Estado.

Tais reformas seriam concebidas política, intelectual e financeiramente pelo Banco Mundial e outros atores internacionais, que, por meio de suas publicações, relatórios e estatísticas consagram e condicionam os modelos nacionais de desenvolvimento. São veiculados notadamente pelos *The World Bank Legal Review* (CISSÉ; THOMAS; WANG, 2013). As bases institucionais e arranjos jurídicos, que têm marco temporal dos anos 90 até a crise financeira global de 2008, e que foram balizadas por meio do Consenso de Washington. Tem como principais políticas públicas a disciplina fiscal, a liberalização financeira e comercial, total abertura da economia para investimentos, privatização, desregulamentação e proteção direta dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais.

A questão que se coloca agora é a de estabelecer um repasse crítico acerca da escola *law and development*, bem como dos relatórios do Banco Mundial "The World Bank Report", no sentido de qualificá-los como recepção ou imposição ao modelo de desenvolvimento econômico consagrado pelo constitucionalismo latino-americano.

Para fundamentar tal análise, busca-se respaldo na doutrina de Nitschke (2015, p.866) que assevera que a realidade das transplantações jurídicas permeia a História da cultura jurídica latino-americana, notadamente a brasileira. E continua, "Na tradição luso-brasileira, desde a "Lei da Boa Razão" há combinação entre direito nacional e direito estrangeiro". Com efeito, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769

permitia a resolução de "lacunas do ordenamento jurídico" concedendo a juízes recorrerem, conforme Cruz:

"[P]rimitivos Principios", ao "Direito das Gentes" e ao "que se estabelece nas Leis Políticas, Economicas, Mercantis e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado". Para este último caso, a Lei ia ainda mais longe: "(...) sendo muito mais racional, e muito mais coerente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudencia. (CRUZ, 1981, p. 124)

A absorção dos transplantes legais pelo ordenamento jurídico, que a época era colônia, portanto, reforça a prática reiterada do fenômeno de recepção, e, no que interessa mais especificamente ao presente estudo, concebe um entendimento histórico do binômio condicionado: desenvolvimento econômico-pacote institucional e jurídico.

No sítio do Banco Mundial, acerca da temática dos *legal transplants* e Cultura Jurídica, a instituição entende que muitos preceitos legais são muitas vezes inspirados por experiências estrangeiras. E, apesar dos acalorados debates acadêmicos, os transplantes legais são, não só possíveis como também são uma prática comum, necessária e imperativa para a busca plena do desenvolvimento.

Em trabalho acerca da "Cultura Jurídica e Reforma Judiciária" revela a importância da cultura legal para a reforma legal e a contextualização do desenvolvimento, embora incidindo sobre os problemas difíceis de definir, medir e fazer argumentos causais sobre o amplo e conceitualmente confuso fator "cultura jurídica."

Na ambiência global em que vivemos, onde uma multiplicidade de ordens normativas que interagem e colidem, é muito comum as concepções que relacionam as reformas dos sistemas jurídicos com MODELOS-TIPO de desenvolvimento econômico. Há uma transplantação de paradigmas e arranjos jurídico-institucionais, com expertise e eficiência econômica, contextualizado social, jurídico, cultural e economicamente numa realidade de prosperidade institucional, para enxertá-los em outros contextos, temporalmente diferenciados, sem a prévia análise das adaptações necessárias à sua implantação. As trajetórias de instituições escolhidas para os projetos de crescimento e desenvolvimento "estão inseridas nos novos programas assistenciais voltados à disseminação e execução dos marcos jurídicos, ou o que se convencionou chamar de transplantes legais (*legal transplants*)" (GOMES NETO, 2012, p. 139).

Alvaro Santos (2006), no ensaio: *The World Bank's Uses of the Rule of Law Promise in Economic Development*, aponta - mesmo que refutando - a consagração da doutrina do "Estado de direito" (ou, com algo próximo do postulado da *rule of law*) como condicionante do discurso e prática de desenvolvimento. A ideia das regras da "*Rule of Law*", da Common Law, e de matriz liberal, deveriam ser o modelo crucial do sistema jurídico para o crescimento econômico. E mais: a previsibilidade, a exequibilidade e a eficácia do modelo jurídico seriam imprescindíveis para uma economia de mercado a florescer. Neste sentido, esclarece:

O Direito está no centro do discurso e prática desenvolvimentistas atuais. A ideia de que o sistema jurídico é crucial para o crescimento econômico agora faz parte da sabedoria convencional na teoria do desenvolvimento. A expressão mais comum dessa ideia é o “Estado de Direito”: uma ordem legal que consiste em regras previsíveis, exequíveis e eficientes que são exigidas para que uma economia de mercado floresça. O entusiasmo pela reforma do direito como estratégia de desenvolvimento cresceu durante os anos 90 e os recursos para a reforma dos sistemas jurídicos aumentaram em todos os lugares. (SANTOS, 2006, p. 253, tradução livre)⁴

A ideia do reformas jurídico-institucionais consagradas e disseminadas hegemonicamente pelo Banco Mundial, em países em via de desenvolvimento na América Latina - com realidades de dimensões históricas, sociais, culturais, econômicas, institucionais e jurídicas diferenciadas. Inúmeros estudiosos do movimento "Direito e Desenvolvimento" corroboram com tal entendimento. Para citar alguns, podemos mencionar: Trubek (2006), Mattei (2002), Garavito (2011), Gargarella (2014) e Santos (2006).

VII. CONCLUSÃO

Com a realização do presente estudo, pretende-se elaborar um artigo científico que possam servir à solução da casuística que frequentemente se apresentar ao aos países latino-americanos e ao modelo de direito internacional econômico visto da América Latina, e que consagre uma matriz de desenvolvimento econômico constitucionalmente descolonial, de realidade do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), que consagre um modelo próprio para as idiossincrasias do continente latino-americano.

Entre o fluxo, a interação e o conflito de ordens jurídicas - nacionais, regionais, transnacionais e supranacionais – que seja consagrado um modelo de entendimento e aprendizagem do direito internacional compatível com as pluralidades locais e com um modelo e um processo de desenvolvimento que consagre a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo;

A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, dos fluxos jurídicos e seja concebido sob um viés não imperialista e neocolonizador, pois apresenta enorme dificuldade para ciência jurídica tradicional pois conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito frente a prescindibilidade estatal, vez que o Estado-nação habita o cerne doutrina do direito internacional;

⁴ No original: Law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea's most common expression is the “rule of law” (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere.

A internacionalização de modelos políticos-institucionais e jurídicos-constitucionais, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a Soberania Política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma constitucional tanto a nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional.

A adoção de um “pacote de instituições corretas”, transplantáveis de ambientes dotados de um *bem-sucedido processo de desenvolvimento* é uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos –, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

A realidade acima pontuada, desvela evidente identidade existente entre *rule of law*, própria dos países de sistema jurídico vinculados ao *Common Law* e a matriz desenvolvimentista confeccionadas nas organização internacional de amparo ao desenvolvimento para os países periféricos.

Acresça-se que as ideias defendidas acerca da teoria dos transplantes legais, de sua vinculação ao conceito do *rule of law*, instrumento normativo da mundialização do capital e, nas palavras de Michael Hardt e Antonio Negri (2002), a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão.

A evidência que as teses de que a construção de consensos (o Consenso de Washington é emblemático neste sentido) suscita a incapacidade de determinação dos povos e Nações. É, por via de consequência, que a recepção ou adoção de padrões-tipo (standart) jurídico-normativos de desenvolvimento econômico, veiculadas por cartilhas dos Banco Mundial, revelam ingerências e condicionantes desaconselháveis ao modelo institucional latino-americano.

As concepções da Escola "Direito e Desenvolvimento" adotada no contexto político-institucional latino-americano, consagra um modelo evidentemente desenvolvido por atores internacionais ativamente envolvidos, incompatíveis com a realidade institucional e constitucional regional de desenvolvimentismo descolonial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sara. Desafiando a colonialidade. A ecologia de justiça como instrumento da descolonização jurídica. **Hendu–Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 6, n. 1, p. 26-46, 2015.

BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 168, 2014. <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3163>>. Acesso em 05 jun. 2017.



CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang. 2013. *The World Bank Legal Review, Volume 4: Legal Innovation and Empowerment for Development*. World Bank Legal Review. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>>. Acesso em 05 jun. 2017.

CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras Esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 2, parte 2, pp. 391-408, 1981.

FERGUSON, Niall. **Empire: The Rise and Demise of the British World and the Lessons for Global Power**. New York: Basic Books, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. La crisis de la democracia en la era de la globalización. **Anales de la cátedra Francisco Suárez**, p. 37-67, 2005.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Explicando el constitucionalismo latinoamericano. **Rechtsgeschichte-Legal History**, 2014.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do rule of law. **Duc In Altum-Caderno de Direito**, v. 3, n. 4, 2012.

HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista Dados**, v. 57, n. 4, 2014.

MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 03-19, 1994.

MATTEI, Ugo. **The Rise and Fall of Law and Economics: an Essay for Judge Guido Calabresi**. Maryland Law Review, 2005.



MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder**: when the rule of law is illegal. John Wiley & Sons, 2008.

LÓPEZ-MEDINA, Diego. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 13, n. 26, 2015.

MIGNOLO, Walter D. Novas reflexões sobre “Ideia da América Latina”: a direita, a esquerda e a opção descolonial. **Caderno CRH**, v.21, n.53, p. 239-252, 2008.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O Constitucionalismo latino-americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da lei nº. 13.123/20151. Em Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez.

NEGRI, Antonio. **Empire**. Traduzido por Berilo Vargas. Rio de Janeiro. Editora Record, 2002.

NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e *lex mercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo**, v. 12, n. 44, p. 89-122, 2015.

NORTH, Douglass C. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (orgs.). **The economy as an evolving complex system II**. MA: Addison-Wesley, 1997.

PEGORARO, Lucio. Constituciones (y reformas constitucionales) «impuestas» o «condicionadas». Para una reclassificación interdisciplinaria de la categoría. **Pensamiento Constitucional**, v. 18, n. 18, p. 331-356, 2014.

SANTOS, Álvaro. The World Bank’s Uses of the ‘Rule of Law’ Promise in Economic Development. In: SANTOS; A.; TRUBEK, D. (orgs.), **The New Law and Economic**

Development: A Critical Appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, p. 253-300, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *In: NEVES, Marcelo (org.). Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the world-society. *In: TEUBNER, Gunther. GLOBAL LAW WITHOUT A STATE.* Dartmouth, p. 03-28, 1996.

TRUBEK, David. The 'Rule of Law' in Development Assistance: past, present, and future. **The new law and economic development: A critical appraisal**, v. 74, 2006.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune in Latin America: A look at a transformative constitutionalism. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, 2015.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law.** University of Georgia Press, 1993.



O PROFETA, OS DISCÍPULOS E O “ENVIADO”: COMENTÁRIOS A VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

THE PROPHET, THE DISCIPLES AND THE "SENT": COMMENTS TO VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

MARCELO NEVES¹

RESUMO: Em um artigo de 2008, um dos discípulos de Robert Alexy, Lorenzo Zucca pontificou Alexy como o “profeta do sopesamento estruturado”. Essa rotulação panegírica foi reverberada posteriormente por dois outros discípulos, Klatt e Meister em obra monográfica sobre a matéria. Quando se trata da dimensão religiosa, essa sorte de qualificação não é problemática, sendo, ao contrário, legitimadora. No campo da filosofia, da ciência e da reflexão teórica em geral, trata-se de algo desastroso, pois tende a minar um dos pressupostos da ciência e de outras formas de conhecimento reflexivo, a “limitacionalidade”, a saber, o suposto de que o conhecimento nunca está esgotado. Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo “O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: Resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização”, propõe-se apresentar uma crítica ao meu livro “Entre Hidra e Hércules”. Apresentarei a seguir meus comentários às críticas de Virgílio Afonso da Silva ao meu livro, para comprovar, com argumentos claros, de que se trata de objeções equivocadas e que, às vezes, me parecem apressadas, pois simplificam (e, em parte, deformam) a minha linha de raciocínio de maneira um tanto retórica para imputar-lhe a aparência de uma fragilidade, a rigor, inexistente.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito; Regras e princípios; Precedentes e sopesamento.

ABSTRACT: In a 2008 article, one of Robert Alexy's disciples, Lorenzo Zucca pontificated Alexy as the "prophet of proportionality doctrine." This panegyric labeling was reverberated later by two other disciples, Klatt and Meister in a

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Pós-Doutor na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. E-mail: marceloneves@unb.br.



monographic work on the subject. When it comes to the religious dimension, this sort of qualification is not problematic, but rather legitimizing. In the field of philosophy, science, and theoretical reflection in general, this is disastrous, since it tends to undermine one of the presuppositions of science and other forms of reflective knowledge, "limitationality," namely, the assumption that knowledge is never exhausted. Virgílio Afonso da Silva, in his article "The Federal Supreme Court needs Iolau: Response to Marcelo Neves's objections to the balancing and optimization", proposes to present a review of my book "Between Hydra and Hercules." comments to Virgílio Afonso da Silva's criticism of my book, to prove, with clear arguments, that these are mistaken objections and that sometimes they seem to me hurried, since they simplify (and, in part, distort) my line of rationale in a somewhat rhetorical way to impute to him the appearance of a fragility, strictly, non-existent.

KEYWORDS: Philosophy of law; Rules and principles; Precedents.

I. INTRODUÇÃO

Em um artigo de 2008, um dos discípulos de Robert Alexy, Lorenzo Zucca pontificou Alexy como o "profeta do sopesamento estruturado" (ZUCCA, 2008, p. 28). Essa rotulação panegírica foi reverberada posteriormente por dois outros discípulos, Klatt e Meister em obra monográfica sobre a matéria (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 04). Quando se trata da dimensão religiosa, essa sorte de qualificação não é problemática, sendo, ao contrário, legitimadora. No campo da filosofia, da ciência e da reflexão teórica em geral, trata-se de algo desastroso, pois tende a minar um dos pressupostos da ciência e de outras formas de conhecimento reflexivo, a "limitacionalidade", a saber, o suposto de que o conhecimento nunca está esgotado (LUHMANN, 1990, p. 392 ss). Portanto, a linguagem da profecia é deslegitimadora no âmbito de saberes científicos ou teóricos. A esse respeito, Max Weber já alertava na sua célebre palestra sobre "Ciência como Vocação", ao arguir, nos seguintes termos: "A ciência não é produto de revelações, nem é graça que um profeta ou um visionário houvesse recebido para assegurar a salvação das almas" (WEBER, 1975, p. 33 [trad. bras. 2011, p. 58]). Antes, Friedrich Hegel já apontava similarmente: "O filósofo não se afina com profecias [...]. A filosofia ocupa-se daquilo que é [...] da razão, e com isto já temos muito o que fazer" (HEGEL, 1917 [1837], p. 200)². Sem dúvida, toda profecia fere a forma como o saber científico, filosófico ou afim processa a contingência do mundo, pois ela tem um potencial paralisante dessa forma de processamento e da curiosidade a ela inerente.

Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo "O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: Resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização", propõe-

² Bobbio (1995 [1984], p. 03 [trad. bras. 1986, p. 17]) invocou essas passagens de Weber e Hegel.

se apresentar uma crítica ao meu livro “Entre Hidra e Hércules” (NEVES, 2013), nos seguintes termos: “Neste breve artigo, pretendo *defender minhas ideias* em face das objeções que o autor suscita em seu livro para mostrar que Marcelo Neves, de um lado, não tem razão nessas objeções e, de outro, não oferece de fato uma alternativa àquilo que ele chama de ‘modelos ainda dominantes’” (SILVA, 2016, p. 98, *grifei*). Já, nesse ponto de partida, verifica-se uma dificuldade para se dar a resposta ao autor do artigo, pois ocorre uma superposição entre as ideias do discípulo e do mestre (ou profeta?). Em verdade, no plano primariamente teórico, dos capítulos I a III do meu livro, minhas objeções foram feitas às teorias clássicas dos princípios e a dois autores mais recentes, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Nesse plano, as alusões a Virgílio Afonso da Silva foram marginais, referindo-se à sua recepção no Brasil da teoria de Alexy. Só no capítulo IV, quando me dedico à recepção acrítica e superficial da teoria dos princípios no Brasil, realmente faço objeções a Silva. O ponto foi enfatizar que, nesse plano de aplicação das teorias, ele se envolveu no debate de uma maneira que carregou vício similar aos dos seus colegas brasileiros: o fascínio acrítico por teorias formuladas em outro contexto.

Apesar da dificuldade ou mesmo impossibilidade de distinguir o que é simples defesa do mestre ou autodefesa do discípulo no plano teórico, apresentarei a seguir meus comentários às críticas de Virgílio Afonso da Silva ao meu livro, para comprovar, com argumentos claros, de que se trata de objeções equivocadas e que, às vezes, me parecem apressadas, pois simplificam (e, em parte, deformam) a minha linha de raciocínio de maneira um tanto retórica para imputar-lhe a aparência de uma fragilidade, a rigor, inexistente. Minha argumentação terá uma ordem diversa da apresentada no artigo ora comentado. Em um primeiro momento, responderei à crítica de Virgílio Afonso da Silva de que eu teria confundido o nível teórico e a prática institucional (tópico II). A seguir, tratarei de suas restrições à metáfora que dá título ao livro (tópico III). Em um terceiro passo, enfrentarei as suas objeções referentes à minha compreensão da diferença entre regras e princípios, inclusive à sua censura à concepção de híbrido, conforme se apresentam nos tópicos 3, 4 e 5 do seu artigo (tópico IV). Daí partirei para uma breve referência aos seus comentários às colisões intraprincípios (tópico V). Em sequência, adentrarei mais pormenorizadamente nas suas restrições à minha crítica à otimização (tópico VI). Dando continuidade e saindo da dimensão primariamente teórica da própria compreensão da função e estrutura dos princípios e das regras, considerarei as respostas ao que Silva chamou de “críticas esparsas”, o que, na verdade, são críticas concentradas no quarto capítulo à sua inserção enviesada e contraditória no debate em torno da aplicação disparatada da teoria dos princípios, da proporcionalidade, do sopesamento e de temas afins na doutrina e na prática brasileiras nas duas décadas anteriores; em conexão, considerarei os comentários de Virgílio Afonso da Silva sobre o meu tratamento dos abusos de princípios no Brasil de hoje e de antes (tópico VII). Por fim, considerarei as suas restrições à metáfora do Juiz Iolau (tópico VIII), para concluir com uma breve observação sobre o risco de se tornar um “enviado” de “profeta” (tópico IX).



II. DIFERENÇA ENTRE PLANO TEÓRICO, APLICAÇÃO DOCTRINÁRIA E PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

No início de seu artigo, Virgílio Afonso da Silva afirma que, no tópico 7, procurará mostrar que, “em vários momentos, Neves não distingue claramente que problemas são *teóricos* e quais são *institucionais*” (SILVA, 2016, p. 98, *grifei*), mas no tópico 7 do artigo, sob o título “O plano normativo e o plano institucional”, sustenta que algumas das minhas objeções “parecem misturar indevidamente os planos *normativo* e *institucional*” (SILVA, 2016, p. 106, *grifei*). Dessa maneira, parece confundir o teórico com o normativo, o que dificulta a compreensão de sua crítica. A teoria está no plano da reflexão (conceitual do sistema jurídico), o normativo está no plano da prática social (práxis), mesmo quando esteja no nível reflexivo (dos processos jurídicos)³. Apesar dessa confusão conceitual, responderei a essa restrição de Silva em dois passos.

Em primeiro lugar, é difícil separar o plano teórico das práticas institucionais de uma maneira absoluta. Teorias se desenvolvem com base em práticas institucionais e essas são influenciadas por aquelas. O que pode ocorrer é uma distinção analítica entre teoria da norma e prática institucional, de caráter relativo, para que se assumam, *primariamente* (não exclusivamente) uma das perspectivas de observação. Não assumo a teoria clássica da separação absoluta entre linguagem objeto e metalinguagem, como dois níveis reciprocamente incontamináveis. O que ocorre é uma retroalimentação ou circulação entre teorias e práticas institucionais, que podem, porém, redundar, às vezes, em bloqueios ou desacoplamentos. Daí por que incluí o quarto capítulo.

Quanto a uma separação entre os planos normativo e institucional, parece-me que minha objeção deve ser mais contundente. O normativo, seja no nível abstrato ou no concreto, permeia as instituições, embora não se confunda com elas nem com as respectivas práticas. As normas constituem uma das dimensões formadoras do institucional e as instituições são construtoras de normas. Sendo caritativo no sentido de Donald Davidson (1984, p. 197)⁴, penso que Virgílio Afonso da Silva, ao falar de planos institucional e normativo, quis se referir à “teoria da norma” em face da prática institucional. Mas a esse respeito, mantenho a crítica do parágrafo anterior e rejeito peremptoriamente a seguinte afirmação de Virgílio Afonso da Silva: “o exemplo da tensão entre diferentes planos institucionais independe da teoria das normas adotada” (SILVA, 2016, p. 107). O que procurei apontar é que o plano da teoria da norma e o plano das práticas institucionais, embora não se confundam, são interdependentes. Uma teoria da norma que tenha um déficit de reflexão pode ter efeitos negativos na prática institucional, podendo até mesmo servir como uma ideologia que esconde a complexidade do mundo jurídico e social. Uma prática jurisdicional ou institucional em geral que adote teorias frágeis pode ser eivada de inconsistências insuperáveis, assim como, por outro lado, o manuseio institucional equivocado de teorias de grande relevância prática pode ter impacto destrutivo no direito. O que me parece

³ Para entender o desenvolvimento dos conceitos de reflexão e reflexividade como mecanismos de autorreferência do Direito, ver Luhmann (1984, p. 601, 610 ss) e Neves (2007, p. 131-133).

⁴ Em tradução livre: “Caridade é imposta a nós; gostemos ou não, se queremos entender outros, devemos considerá-los corretos na maioria das matérias”. No original: “Charity is forced on us; whether we like or not, if we want to understand others, we must count them right in most matters”.

inadmissível é contar com a existência de “teorias puras”, conforme uma distinção radical entre sujeito e objeto, entre teoria e prática, porque teorias são também construtoras do seu objeto, assim como uma teoria da norma é, em parte, construtora do sentido que as normas adquirem na prática.

Embora sem aceitar essa separação ingênua entre planos da teoria e da instituição ou entre planos normativo e institucional nos termos proposto por Silva, não deixei de fazer uma distinção analítica rigorosa entre a reflexão primária no plano da *teoria* das normas nos três primeiros capítulos do livro e a consideração da sua recepção enviesada na doutrina (capítulo 4.1) e na prática jurisprudencial brasileira (capítulo 4.2). Procedi, portanto, a uma distinção entre os planos da *teoria* em geral, da *doutrina* ou dogmática e da *prática* jurídica no Brasil. Isso fica claro quando adianto, na Introdução, que meu trabalho “concentrar-se-á criticamente no debate jurídico-constitucional que se desenvolve desde os anos 1970 do século XX sobre princípios e regras constitucionais, particularmente sob o impacto das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para, a partir daí, oferecer um modelo alternativo e apontar para os limites e equívocos da recepção da principiologia jurídica na doutrina e prática constitucional brasileira” (NEVES, 2013, p. XXV). Daí segue a divisão dos capítulos, ficando concentradas no capítulo IV as questões doutrinárias e práticas localizadas da recepção no Brasil.

Uma prova clara disso é que, no capítulo IV, não há mais nenhuma objeção direta às teorias de Dworkin e Alexy. Ao contrário, na página 192, cito Alexy, em meu favor, para criticar uma ideia disseminada na doutrina e na prática jurídicas brasileiras de que os princípios sempre prevalecem sobre as regras. Por outro lado, diferentemente do entendimento de Virgílio Afonso da Silva no início do seu artigo, de que se trata de objeções às suas ideias, e no começo do tópico 1, de que “em inúmeras partes do livro de Marcelo Neves, meus trabalhos são usados como contraponto àquilo que ele pretende defender” (SILVA, 2016, p. 99), minhas críticas aos seus trabalhos concentram-se no capítulo IV do meu livro, entre as páginas 182 e 189, quando trato do seu envolvimento enviesado no debate sobre a recepção disparatada da teoria dos princípios, da ponderação, da proporcionalidade e de temas afins na doutrina constitucional brasileira. Nas demais partes do livro, minhas referências a ele são marginais, incluindo-se praticamente nas referências à literatura secundária à obra de Alexy⁵.

Enfim, o argumento de Virgílio Afonso da Silva a respeito de uma suposta mistura de planos de abordagem em meu livro, além de induzir a erro e basear-se em frágeis pressupostos, não encontra respaldo em uma leitura mais detida da obra em questão.

III. O SENTIDO DA METÁFORA “ENTRE HIDRA E HÉRCULES”

Outro aspecto evidentemente infundado na resposta de Virgílio Afonso da Silva diz respeito às restrições que faz, no tópico 2 de seu artigo, à metáfora “entre Hidra e

⁵ Uma exceção é a crítica contida na página 153, nota 149, quando faço restrições à sua aplicação da teoria de Chang (2002) no âmbito do modelo de sopesamento proposto por Robert Alexy. Voltarei a esse tema *infra* no tópico VI.



Hércules”, que usei para inverter a suposição de Dworkin ao considerar que os argumentos baseados em princípios servem para fechar a cadeia do raciocínio jurídico quando as regras forem insuficientes para resolver o caso, especialmente nos chamados “casos difíceis”. Meu argumento, desenvolvido em todo trabalho com base em certos pressupostos teóricos da teoria dos sistemas, é no sentido de que os princípios servem antes para abrir a cadeia argumentativa do que para conduzi-la ao fechamento, o que seria mais apropriado às regras. Silva afirma:

Há claramente um passo injustificado no raciocínio de Neves, quando ele, ao reconstruir a ligação do juiz Hércules (de Dworkin) com os princípios constitucionais, conclui que seria possível dizer que os princípios são hercúleos. O fato de Hércules ser encarregado de identificar todos os princípios jurídicos relevantes para a decisão de um dado caso não nos autoriza classificar os princípios como hercúleos. Talvez a tarefa de Hércules seja, como não poderia deixar de ser, hercúlea, mas os princípios não são hercúleos. Até porque Hércules não tem como tarefa apenas identificar e manejar princípios, mas também regras, precedentes, legislação. Isso não torna regras, precedentes e legislação hercúleos. Hercúleo continua sendo simplesmente o trabalho de Hércules, e princípios são apenas um entre tantos outros ‘materiais jurídicos’ que ele maneja.

Ao que parece, a estipulação dos princípios como hercúleos serve para justificar a novidade: uma inversão no papel dos princípios e das regras constitucionais. É claro que há um paralelo entre Hércules cortando as cabeças de Hidra e as regras restringindo a amplitude dos princípios. Mas hercúleo continua a ser o papel do juiz, Hércules ou não. (SILVA, 2016, p. 102)

É claro que quando se inverte uma metáfora, não se deve considerar “literalmente” a forma original de sua formulação. O que eu procuro dizer é que, em Dworkin, o juiz ideal Hércules é aquele relacionado *primariamente* aos princípios, de tal maneira que, na minha inversão reconstrutiva, os princípios têm um quê de hercúleo em sua teoria. Na minha metáfora, os princípios relacionam-se *primariamente* (não exclusivamente) com a figura de Hidra (abertura normativa), enquanto as regras estão associadas *primariamente* (não exclusivamente) à figura de Hércules (fechamento normativo).

Parece-me um truísmo a alegação de Virgílio Afonso da Silva de que “Hércules não tem como tarefa apenas identificar e manejar princípios, mas também regras, precedentes, legislação” e que, portanto, “isso não torna regras, precedentes e legislação hercúleos”. É claro que qualquer juiz, mesmo idealmente considerado, tem que manejar os diversos aspectos de uma ordem jurídica. O que afirmo é que Hércules só se torna relevante na teoria de Dworkin (1975) nos casos difíceis, quando só então é preciso realmente, para ele, levar os princípios a sério. Nesse particular, cabe observar que Dworkin introduziu a figura do Juiz Hércules em seu artigo “Casos difíceis” [*Hard Cases*], publicado em 1975 e republicado no capítulo IV do seu livro “Levando os

direitos a sério” (DWORKIN, 1978, p. 80-130 [trad. bras. 2002, p. 128-203])⁶. Nesse capítulo, ele esclarece: “Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas” (DWORKIN, 1978, p. 83 [trad. bras. 2002, p. 131]). (Considere-se que, no sentido amplo e “genérico”, os princípios incluem as políticas na obra inicial de Dworkin (1978, p. 22 [trad. bras. 2002, p. 36]), que só “ocasionalmente” distingue entre princípios e políticas como padrões do direito.) Assim, o juiz Hércules aparece na teoria de Dworkin basicamente como aquele que tem a árdua tarefa de identificar e aplicar, nos “casos difíceis”, os “princípios que ‘subjazem’ às regras positivas do direito, ou que nelas estão ‘inscritos’” (DWORKIN, 1978, p. 105 [trad. bras. 2002, p. 164-165]). Esse é o seu distintivo. Ele é um juiz filósofo orientado primariamente, em termos normativos, por princípios: “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a razão legislativa e os princípios jurídicos requerem” (DWORKIN, 1978, p. 115 [trad. bras. 2002, p. 180]). O Hércules dworkiniano parte de que “a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação” (DWORKIN, 1978, p. 105 [trad. bras. 2002, p. 165]).

Embora, mais tarde, em repostas a críticas, Dworkin alegue defensivamente que “seu método [de Hércules] aplica-se igualmente bem a casos fáceis”, ele relativiza sua asserção afirmando que, nesses casos, como “as repostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação”, para sugerir que o método de Hércules só se torna relevante quando algo que seria “caso fácil” torna-se “caso difícil” com o tempo (DWORKIN, 1986, p. 354 [trad. bras. 2003, p. 423-424]). Em todo caso, a relação particular e primordial de Hércules com os princípios mantém-se incólume: “Hércules serve a nosso propósito porque é livre para *concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica.*” (DWORKIN, 1986, p. 380 [trad. bras. 2003, p. 454]). Portanto, a minha leitura e a respectiva revisão da metáfora de Dworkin são perfeitamente oportunas: para ele, os princípios são hercúleos; para mim, ao contrário, as regras são hercúleas, enquanto os princípios associam-se primordialmente ao mito da Hidra.

Enfim, ao considerar que em Dworkin, de forma contundente na sua formulação inicial, o juiz Hércules só se torna relevante quando se trata de identificar e aplicar os princípios em um caso concreto, inferi metaforicamente, sem a literalidade exigida por Virgílio Afonso da Silva, que os princípios são primariamente hercúleos na obra do autor norte-americano, propondo daí uma inversão da metáfora. Mas seria um absurdo se dissesse, como me parece disparatado que se infira ter dito, que o juiz Hércules dworkiniano só cuidaria de princípios, não se ocupando de regras, precedentes, legislação etc. Não se trata, conforme Luhmann (1990, p. 245 ss), de exclusividade de um branco e preto da literalidade, de submissão dogmática à linguagem de um outro, mesmo sendo ele tão reputado (a reputação é um código secundário na área do saber científico ou acadêmico). Trata-se de uma metáfora para

⁶ Ele trata especificamente de “Hércules” nas páginas 105-130 [trad. bras. 2002, p. 165-203]).



rebatem a ideia de que os princípios fecham a cadeia argumentativa ao serem identificados e aplicados pelo Juiz Hércules dworkiniano. Ao contrário, repito, a minha metáfora diz respeito à tese de que, na cadeia da concretização normativa, os princípios jurídicos e constitucionais estão associados primariamente (não exclusivamente) à abertura cognitiva e normativa do sistema jurídico e aos argumentos substantivos, enquanto as regras relacionam-se primariamente (não exclusivamente) com o fechamento normativo do direito e à argumentação formal (NEVES, 2013, p. 227). Para considerar apropriadamente esse paradoxo precisa-se de uma abordagem acurada, que considere a complexidade e as nuances do modelo.

IV. REGRAS, PRINCÍPIOS E HÍBRIDOS

1. A crítica à generalidade como critério de distinção entre princípio e regras

Eu parto de um conceito de princípios e regras que se baseia no caráter reflexivo dos princípios em relação às regras e mediato em relação à (norma de) decisão do caso (observação de segunda ordem), por um lado, e no potencial das regras de servirem de critério definitivo para a solução de um caso (observação de primeira ordem), por outro (NEVES, 2013, p. 120 ss). Nesse sentido, faço restrições às teorias que partem do critério da generalidade para distinguir entre princípios e regras.

Virgílio Afonso da Silva, no tópico 3 do seu artigo, tomando um extrato descontextualizado de meu trabalho, alega que, ao afirmar que a norma contida no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, é uma regra e não um princípio porque “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso” (NEVES, 2013, p. 23; SILVA, 2016, p. 103), “Neves [...] peca (*sic*) por uma certa circularidade” (SILVA, 2016, p. 102-103). No trecho citado, eu suporia que os conceitos de princípio e regras que adoto “seriam unanimemente aceitos”, para arrematar com o óbvio: “Em outras palavras, eu não posso usar o meu próprio conceito de regra (ou de princípio) para rejeitar a inclusão, em uma classificação baseada em critérios distintos, dessa ou daquela norma na categoria ‘regra’ (ou ‘princípio’)” (SILVA, 2016, p. 103). Por fim, cita um trabalho anterior de sua autoria, onde apenas se enfatiza novamente uma obviedade: “Classificações ou são coerentes e *metodologicamente* sólidas, ou são contraditórias – quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintos – e, por isso, pouco ou nada úteis” (SILVA, 2016, p. 103).

Em primeiro lugar, cabe insistir no esclarecimento de que a distinção entre linguagem objeto e metalinguagem é relativa, não cabendo uma separação radical de níveis, no mínimo no campo do direito e das ciências sociais, que trabalham com linguagem ordinária, especializada ou não. Trata-se daquilo que Douglas Hofstadter chama de “voltas estranhas” e “hierarquias entrelaçadas” (HOFSTADTER, 1979, p. 21 ss, 648 ss [trad. bras. 2001, p. 23 ss, 751 ss]). De forma mais elementar, as proposições cognitivas são construtivas do “objeto”. (De forma mais clássica, que não adoto, poderia, na tradição kantiana, dizer-se que o “sujeito” constrói o “objeto” do conhecimento⁷ – mas Silva parece prekantiano, sem que haja nada de pejorativo nisso).

⁷ Ver, por exemplo, Kant (1990 [1781^A/1978^B], vol. 1, p. 139-141, 168 [B 137-139, A 107]).



Por sua vez, entre *proposição* doutrinária ou teórica sobre a norma e a própria *norma* há uma certa circularidade (NEVES, 2013, p. 03). Esse tipo de circularidade é não apenas inevitável, mas necessária às transformações teóricas e doutrinárias, contribuindo para a aquisição de novos conhecimentos.

Entretanto, Virgílio Afonso da Silva imputa-me o “pecado” de uma circularidade vulgar. Ela não procede, pois não parti da suposição de uma aceitação unânime do meu critério ou qualquer outro nem caí em uma forma inocente de tautologia.

O processo de ordenar o material de conhecimento é um processo seletivo. Quando se propõe uma classificação ou uma conceituação deve-se buscar algo operativo, útil e consistente, obviamente. Para isso, tem-se que apontar para os limites da operatividade de outras classificações. Não se trata apenas de assumir dogmaticamente um critério já existente – “caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy” (SILVA, 2016, p. 103) – e ser coerente dentro desse critério. Quando se assume ou propõe um critério definitório ou ordenador, faz-se mister que se afastem os demais, apontando para a superioridade da força operativa e para o maior grau de consistência desse critério em relação a critérios concorrentes.

O trecho que Virgílio Afonso cita, descontextualizadamente, refere-se ao primeiro parágrafo em que passo a criticar o critério da generalidade. Cito exatamente Alexy (porque, *nesse ponto*, há uma convergência conceitual entre o meu modelo e o dele), na primeira oração, para lembrar, em um gesto de honestidade intelectual, que também ele traz um exemplo referente à anterioridade penal – prevista no art. 103(2) da Constituição alemã (“Lei Fundamental”) similarmente ao art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição brasileira – como insuscetível de ser enquadrado como princípio, para apontar os limites da teoria da generalidade. Ele afirma algo que não foi transcrito no meu livro, mas que agora exige uma transcrição: “A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto” (ALEXY, 1986, p. 92 [trad. bras. 2008, p. 109]). Teria Alexy caído no “pecado” da “circularidade” com essa afirmativa? Evidentemente, se eu tomasse isoladamente essa passagem como Silva tomou o meu trecho, poderia dar uma resposta afirmativa e fazer censuras óbvias a Alexy. Mas temos que considerar o autor no contexto do processo seletivo de inclusões e exclusões que distingue o seu universo conceitual.

Admito que o exemplo de anterioridade penal talvez não seja o mais feliz para esclarecer a fragilidade e inconsistência do critério da generalidade, pois sempre ressurgem controvérsias sobre sua tipificação normativa. Meu argumento, porém, parecendo-me nesse particular mais acurado do que as críticas de Alexy, vai além. Na página seguinte do livro, eu me refiro aos princípios setoriais, exemplificando com o art. 146, inciso III, da Constituição Federal, que prescreve “o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” (NEVES, 2013, p. 24). Comparo esse dispositivo com o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, o qual estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Meu argumento é que mesmo aqueles que partissem do critério da generalidade teriam dificuldade de dizer que o primeiro dispositivo (menos genérico) contém uma regra, enquanto o segundo, mais genérico, referindo-se diretamente a todo ser humano, seria um princípio. Haveria um embaraço decorrente da fragilidade e inconsistência do



critério. Na mesma linha de raciocínio, comparei o preceito setorial da independência do juiz (CF, art. 95, *caput*) com o dispositivo concernente à proibição de qualquer distinção “entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (CF, § 2º do art. 12) (NEVES, 2013, p. 24-25). Também haveria embaraço, para os que defendem o critério da generalidade, em atribuir aos primeiros (menos genérico, setorial) o caráter de regra e considerar o segundo (mais genérico) com base no seu próprio critério. Mas não deixei de fazer uma concessão: em comparação com as regras que neles se apoiam e lhes dão suporte prático, os princípios sempre serão mais gerais do que elas, mesmo que sejam setoriais, como no caso da relação entre regras-garantia da inamovibilidade e da vitaliciedade e o princípio da independência do juiz. Mas no geral, procurei apontar a fragilidade e a inconsistência do critério da generalidade.

O que Virgílio Afonso da Silva fez foi isolar uma passagem sem considerar o contexto, para imputar-me o “pecado” da circularidade, mas isso ele também poderia fazer com o trecho acima citado de Alexy. Nessa altura do trabalho, eu estava a afastar os critérios concorrentes dos modelos que chamei de “clássicos”, apontando para as suas deficiências, assim como fiz o mesmo com os modelos de Dworkin e Alexy, que chamei de “ainda dominantes” no capítulo segundo do livro. Esboçado, na Introdução, os critérios que adoto, fiz a tarefa seletiva e crítica em face dos modelos concorrentes, excluindo elementos incompatíveis, mas, ocasionalmente, incluindo outros. É assim que se propõe ou se adota um modelo conceitual. Do contrário, basta partir acriticamente de um autor proeminente. Mas esse não me parece um caminho academicamente produtivo, apesar de todas as aparências que resultam da obediência e coerência com os dignos de reputação.

2. Por uma nova conceituação de regras e princípios além de Robert Alexy?

No tópico 5 do seu artigo, Virgílio Afonso da Silva critica a minha *diferença* entre regras e princípios, defendendo a correção e consistência da *divisão* introduzida por Robert Alexy. Silva cita um texto anterior de sua autoria em defesa do seu professor alemão, que reproduz para me criticar nos seguintes termos:

O fato de a aplicação de princípios *nem sempre* exigir um sopesamento não altera em nada o fato de que a aplicação de princípios *pode* exigir um sopesamento. Esse é o ponto decisivo: *apenas normas que são passíveis de serem sopesadas podem ser otimizadas e, por conseguinte, classificadas como princípios*. (SILVA, 2016, p. 105, grifei)

Ele critica, então, a posição de Aarnio em caracterizar a liberdade de expressão como “um princípio que é como uma regra”, que poderia eventualmente ser caracterizado antes com um híbrido na minha visão (NEVES, 2013, p. 105-107), e dispara:

E a razão é simples: a capacidade de ser aplicada diretamente e resolver casos não é um critério diferenciador entre regras e princípios,

ao menos não na versão defendida por Alexy. Não é possível, portanto, criticar a sua teoria por não aceitar híbridos se, na verdade, os híbridos só surgem porque um critério novo, estranho à teoria, foi adicionado por Neves. Seu novo critério pode até ser útil para outros fins analíticos, mas não para criticar uma classificação que, boa ou não, foi feita com base em outro critério. (SILVA, 2016, p. 105)

Não se trata, no meu caso de uma aceitação dogmática de uma teoria ou outra, de isolar uma teoria das críticas de qualquer outro modelo “analítico”, cada um seguindo autarquicamente seus próprios critérios. Trata-se de apontar os limites de um modelo concorrente, nesse caso, o de Robert Alexy, também sem rejeitá-lo dogmaticamente.

Em primeiro lugar, eu não adoto a formulação de Aarnio com as expressões “princípios que são como regras” ou “regras que são como princípios”. Meu argumento é que, *prima facie*, certas normas podem ser “híbridos”, dada a dificuldade de enquadramento *típico* como regra ou como princípio (NEVES, 2013, p. 106). Evidentemente, *a posteriori*, no final do processo concretizador em um caso controverso, pode-se sempre definir o que atuou como norma reflexiva (princípio) ou norma definitiva (regra) para a solução do caso (NEVES, 2013, p. 106). Mas relativizo a caracterização de Aarnio, nesse contexto, tanto para afirmar que as normas que ele designa como “regras que são como princípios” podem ser definidas como “regras incompletas no sentido de Alexy”, quanto para conceder que os “princípios que são como regras” podem ser considerados, “em última instância, regras” (NEVES, 2013, p. 106-107). Eu aponto, nesse contexto, para as dificuldades de ordenação *prima facie* em uma dessas categorias, com muita cautela, pois a função e a estrutura de uma norma depende também da ordem jurídica em que ela está integrada.

Silva equivoca-se quando sugere em seu texto que minha crítica a Alexy seria relativa ao fato de que este autor teria distinguido os princípios das regras por serem eles sopesáveis. No meu trabalho enfatizo claramente que Alexy (1986, p. 121 [trad. bras. 2008, p. 140]) admite a existência de “regras incompletas”, que são sopesáveis, citando a própria passagem de Alexy (NEVES, 2013, p. 77-78). Minha restrição a Alexy refere-se ao questionamento que faço na seguinte passagem:

É claro que no caso de mera observância cotidiana e de simples aplicação burocrática rotineira do direito ainda não é relevante a distinção entre o caráter *prima facie* e definitivo da regra. Supõe-se completude da regra.

[...]

Se, porém, surgirem controvérsias em torno da regra a aplicar no processo de concretização constitucional, a distinção entre o caráter *prima-facie* e o definitivo das regras invocadas é relevante. O enunciado completo da regra só pode ser formulado no final da cadeia concretizadora, servindo como fundamento definitivo da norma de decisão do caso.

[...]



Isso significa que o enunciado completo da regra a aplicar, como fundamento definitivo da decisão, salvo na mera observância cotidiana ou aplicação rotineira do direito, só se alcança no final do processo de concretização, pressupondo uma pluralidade conflituosa de controvérsias argumentativas em torno da solução do caso, onde a dimensão do peso desempenha um certo papel. Parece-me que, de alguma maneira, ao admitir regras incompletas, dependentes de ponderação, Alexy admite implicitamente que, neste particular, a diferença entre princípios e regras é, antes, gradual, embora não seja essa a sua intenção (NEVES, 2013, p. 78, 80-81).

Nesse argumento, antes cauteloso, cuida-se de afirmar que a diferença entre princípios e regras é irrelevante nos casos “rotineiros” e que, considerando a relevância dessa distinção nos casos controversos, também chamados de “difíceis” ou “marginais”⁸, quando do início da cadeia concretizadora, ou seja *prima facie*, não apenas os princípios, mas também as regras são sopesáveis. Essas só se tornam completas e funcionam como “razões” ou critérios definitivos, então, no final da cadeia concretizadora. No contexto do meu argumento a esse respeito, analiso alguns casos ou hipóteses em que se apresenta claramente a colisão entre regras e se torna necessário o sopesamento entre elas, sem que a regra superada precise ser considerada inválida.

Além disso, seria um absurdo se tivesse dito que, conforme a obra de Robert Alexy, os princípios, em todo caso de aplicação, entrariam em colisão com outros princípios (ou com uma “regra incompleta”) e, portanto, seriam sempre sopesados. Isso sugere equivocadamente Silva nos trechos acima citados. Evidentemente, os princípios, tanto na teoria de Alexy quanto na minha, podem ser aplicados, em diversas situações, sem que seja necessário sopesamento, até mesmo para identificar a regra a ser aplicada imediatamente à solução do caso. No que me afasto de Alexy, nesse particular, concerne a uma ambivalência em sua obra. De um lado, ele afirma em trechos por mim transcritos:

Princípios são *sempre razões prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.

[...]

Nesse sentido, é possível afirmar que *sempre* que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios *nunca* são razões definitivas. (ALEXY, 1986, p. 90 e 92 [trad. bras. 2008, p. 106 e 108]; NEVES, 2013, p. 68-69, *grifei*)

E eu acrescento agora outra parte desse mesmo parágrafo:

⁸ “Marginais” nos termos de Carrió (1986, p. 55-61), em oposição a “casos típicos”.

Princípios são, ao contrário [de regras], sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. (ALEXY, 1986, p. 91-92 [trad. bras. 2008, p. 108])

Nesse contexto, aponte que Alexy até mesmo corrobora a asserção de Joseph Esser, segundo a qual o “princípio, conforme a noção continental, não é, ele mesmo, ‘diretiva’, mas fundamento, critério e justificação da diretiva” – ao citar esse trecho de Esser (1956, p. 51-52), Alexy (1986, p. 92 [trad. bras. 2008, p. 108]) exclui ‘conforme a noção continental’⁹. É dessas e outras assertivas de Alexy que inferi que ele, “a rigor, admite que os princípios só podem ser razões diretas de regras e, por intermédio destas, razões indiretas de juízos concretos de dever-ser” (NEVES, 2013, p. 69). Pensei, então que, nesse específico ponto, poderia haver uma convergência entre nossas teorias, e inclusive com a de Esser. Mas, em outro trecho de sua obra, deparei-me com a seguinte afirmativa:

Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios [...] classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões *diretas* para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, *essa concepção mostra-se incorreta*. Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas. (ALEXY, 1986, p. 91 [trad. bras. 2008, p. 107], *grifei*)

O que me parece incorreto e contraditório com a ideia acurada de que os “princípios nunca são razões definitivas”, nessa passagem, é afirmar ser “incorreta” a concepção de que os “princípios não poderiam servir como razões *diretas* para decisões concretas”. É claro que os princípios podem ser razões decisivas de decisão concreta, mas são razões *indiretas*. Como poderiam ser razões diretas se nunca poderiam ser razão definitiva? Esse trecho contradiz o trecho acima citado de Esser, trazido à baila por Alexy para corroborar sua ideia de os princípios nunca serem razões definitivas, ou seja, que princípio “não é, ele mesmo, ‘diretiva’, mas fundamento, critério e justificação da diretiva”. Mas contradiz também o trecho transcrito acima em que Alexy sustenta que “*sempre* que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”. Inicialmente, em postura caritativa, eu relevei essa questão, relativizando-a e tratando-a como se tivesse sido um lapso de formulação. Agora, nesse novo contexto de insistência, cabe afirmar que talvez estejamos diante de um caso de contradição grave de Alexy. Obviamente, entendo que princípios podem ser aplicados “isoladamente”,

⁹ Cf. Neves (2013, p. 69, nota 94).



isto é, sem concorrência com outros princípios e sem ser sopesados, o que vale também para Alexy. Minha diferença é que um princípio, enquanto princípio, nunca pode ser razão *direta* para um juízo concreto de dever-ser. Mesmo quando aplicado “isoladamente” (sem colisão e sem sopesamento com outros princípios ou regras incompletas), ele precisa da intermediação de uma regra completa como razão ou critério definitivo, direto, imediato de uma (norma de) decisão concreta, seja essa regra identificada e selecionada a partir do princípio no material legislativo, nas práticas estabelecidas ou nos precedentes, seja ela inferida do princípio pelo órgão encarregado da interpretação-aplicação jurídico-normativa no caso específico.

Por fim, cabe lembrar que em nenhum momento critiquei a teoria de Alexy “por não aceitar híbridos” nem adicionei “um critério novo” (mediante os híbridos) à teoria de Alexy”, como sustenta Silva (2016, p. 105-106). Ofereci um modelo alternativo ao de Alexy, que inclui os híbridos, apontando para certas inconsistências internas em sua teoria e criticando o modelo pretensioso da otimização e temas conexos. Sei que a teoria de Alexy não comporta os híbridos, pois tem um quê de apriorística e, assim, mantém-se imune a argumentos sobre a precariedade das diferenças de conteúdo diante da complexidade do material da experiência, não apresentando suficiente capacidade de aprendizado em face desse material e de argumentos. Daí por que ofereço um modelo mais versátil e capaz de aprendizado e, nesses termos, defendo a superação definitiva (mas não dogmática) do modelo de Alexy.

3. Por que os híbridos além dos tipos ‘regras’ e ‘princípios’?

No tópico 4 do seu artigo, Virgílio Afonso da Silva critica-me por introduzir a noção de híbridos e relacionar minha distinção entre regras e princípios ao conceito weberiano de “tipo ideal”. Ele parafraseia passagem do meu livro ao afirmar: “Para Weber, tipos ideais são construídos a partir de uma ênfase unilateral em uma ou algumas variáveis do objeto a ser analisado” (SILVA, 2016, p. 104) Nesse particular, ele concorda plenamente como o que afirmei no meu trabalho:

Os tipos ideais, definidos por Weber como “utopias” gnosiológicas, nunca são encontrados em forma pura na realidade social, servindo antes como esquemas de sua interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes ao conhecimento que se pretende obter. Na concepção weberiana de tipo ideal, “os elementos considerados não essenciais ou casuais para a constituição da hipótese” não são tomados em conta. [...] Weber deixa claro isso, ao afirmar que esses tipos não se encontram puros na realidade. (NEVES 2013, p. 101-102)¹⁰

Também não se pode discordar de sua afirmação do óbvio: “Trata-se, portanto, de uma abstração, de uma construção intelectual que serve como método de análise

¹⁰ Com referência a Weber (1973, p. 190-191, 194, 201-202; 1968, p. 163-164; 1985, p. 124 [trad. bras. 2004, vol. 1, p. 141]).



sociológica” (SILVA, 2016, p. 104). Entretanto, a partir desses pressupostos corretos, ele admoesta:

Ainda que se aceite que o conceito de tipo ideal tenha alguma relevância na compreensão da distinção normativa entre regras e princípios, com certeza não seria para a configuração de algumas figuras como híbridas. Se é verdade, como afirma Weber, que os tipos ideais são uma utopia e que, “em sua pureza conceitual, essa construção mental não é encontrada em lugar algum”, então a conclusão óbvia seria a de que, no mundo real, *tudo é híbrido*.

[...]

No caso das regras e princípios, mesmo que se aceitasse que há casos duvidosos, essa dúvida é apenas classificatória e não tem relação com o conceito de tipo ideal. Se se aceita que princípios são normas que estabelecem um dever *prima facie* e regras são normas que estabelecem um dever definitivo, não parece haver espaço para híbridos. Em outras palavras, pode haver dificuldades, em diversos casos, em se definir se estamos diante de uma regra ou de um princípio, mas isso não decorre da existência de figuras híbridas. Trata-se apenas de uma dificuldade classificatória. (SILVA, 2016, p. 104, *grifei*)

Em primeiro lugar, deve ser enfatizado que não adotei nem apliquei o conceito weberiano de “tipo ideal” estrita e acriticamente. Afasto-me da noção de Weber, ao sustentar que, “enquanto em Weber o conceito de tipo ideal baseia-se na ‘noção fundamental da teoria do conhecimento moderna que remonta a Kant, de que os conceitos são e apenas podem ser meios mentais para o controle espiritual do empiricamente dado’, ou seja, remonta à noção do sujeito transcendental, *concebo* o ‘tipo ideal’ como estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais em relação à realidade-ambiente, que, diante delas, apresenta-se mais complexa e desestruturada” (NEVES, 2013, p. 102).¹¹ Por isso, esclareço:

A distinção kantiana entre o dado e o objeto do sujeito transcendental é aqui transformada na diferença entre dados desordenados do ambiente da ciência e objetos construídos seletiva e ordenadamente pela ciência. (NEVES, 2013, p. 102)

Portanto, apesar de função similar ao do “tipo ideal” weberiano, usei a expressão como categoria dos sistemas científicos ou de outras esferas do conhecimento sistemático e reflexivo, a saber, como algo no plano da comunicação, expresso em proposições ordenadoras do material de conhecimento. Poder-se-ia também dizer que corresponde aproximativamente à “redução” nos termos mais genéricos de Guerreiro

¹¹ Com referência a Weber (1973, p. 208).

Ramos, que, similarmente ao tipo ideal weberiano, “consiste na eliminação de tudo aquilo que, pelo seu caráter acessório e secundário, perturba o esforço de compreensão e a obtenção do essencial de um dado” (RAMOS, 1996, p. 71)¹². Trata-se, de uma “reconstrução” no sentido de Jürgen Habermas, que ocorre quando “se desmonta uma teoria e a recompõe em uma nova forma, para que melhor se alcance a meta por ela estabelecida” (HABERMAS, 1982, p. 09). Já havia adotado tal formulação de tipo ideal em trabalho anterior, mas me referia, sem grandes problemas, a conceitos tipicamente sociológico, no plano das expectativas cognitivas (NEVES, 1992, p. 110-111). Admito que a situação se torna mais delicada quando se aplica em relação à ordenação de expectativas normativas, ou seja, ao âmbito do conhecimento referente a normas. É verdade que Weber admite, como reconhece Silva (2016, p. 104 e 115, nota 31), a aplicação dos tipos ideais para normas jurídicas, mas observa essa questão em uma perspectiva sociológica:

O cosmo das normas jurídicas é naturalmente, ao mesmo tempo, claramente determinável em termos conceituais e (em sentido jurídico!) válido para a realidade histórica. Mas é com a sua significação prática que o trabalho da ciência social no nosso sentido tem a ver. Muito frequentemente, porém, essa significação só pode ser levada claramente à consciência mediante a referência do dado empírico a um caso-limite ideal. (WEBER, 1973, p. 195)

O que eu propus foi a extensão de minha tipificação ideal das normas além de uma perspectiva sociológica ou científico-social, para admiti-la do ponto de vista da reflexão da teoria do direito. É claro que se trata de uma ousadia, de algo teoricamente ambicioso, que pode encontrar reações e críticas abalizadas. Mas esse não é o caso das censuras de Silva, que antes me parecem frágeis e, potencialmente, estagnantes do pensar autônomo. Vejamos a seguir.

Em primeiro lugar, não parto simplesmente do conceito semântico de norma, nos termos de Alexy (1986, p. 42-47 [trad. bras. 2008, p. 53-58]), mas antes bem formulado por Von Wright (1963, p. 93 ss), tal como o faz Silva. Esse conceito, com base na lógica, é importante para o nível jurídico-doutrinário ou jurídico-dogmático e para a prática jurídica. Mas ele permanece em nível superficial. Não me parece que a teoria do direito deva limitar-se a ele. Pressuponho o conceito de norma no sentido da teoria sistêmica, isto é, como expectativas normativas socialmente estabilizadas. Portanto, não concebo *ser* e *dever-ser* como dois mundos, mas sim como duas perspectivas de construção da realidade. Apesar de minhas restrições ao modelo de Niklas Luhmann, assumo o seu argumento a esse respeito:

Embora orientado em termos contrafactuais, o sentido do dever-ser não é menos factual do que o sentido do ser. Toda expectativa é factual, seja na sua satisfação ou não satisfação. O factual abrange o normativo.

¹² Advirta-se, porém, que a “redução sociológica” em Ramos (1996, p. 71-74) não se limita à “redução” em “seu sentido mais genérico” aqui citado, tendo outros elementos definidores.

A contraposição usual entre o factual e o normativo deve ser, portanto, abandonada. [...] O normativo encontra o seu adequado contraste não no factual, mas sim no cognitivo. É possível optar com sentido apenas entre essas duas posturas relativas ao processamento de desapontamentos, não entre o factual e o normativo.

Além disso, é importante não inflar imediatamente essa diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas no sentido da antiga oposição objetiva ou lógica entre ser e dever-ser, mas sim, em primeiro lugar, compreender a função da própria diferenciação. Ela coloca à disposição duas estratégias diferentes, mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a sequência da vida após desapontamentos. Pode-se aprender ou não. Ambas as possibilidades podem ajudar na superação de situações de desapontamentos, preenchendo assim, apesar das orientações contrárias, a mesma função. O sucesso está baseado no fato de que a mesma função é preenchida não só por comportamentos “semelhantes”, mas por comportamentos diretamente opostos. Isso facilita o encontro de uma solução para qualquer caso de desapontamento. Dependendo da relevância da expectativa e das chances de realizá-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela. (LUHMANN, 1987, p. 43-44)

Embora contrafactual na sua referência à realidade, as normas enquanto expectativas normativas condensadas e estabilizadas socialmente estão no plano do real e dos fatos e, portanto, uma teoria do direito consequente, que não seja puramente formalista, não pode dar as costas aos problemas daí decorrentes. Para ser norma, não basta que haja um texto e um significado prescritivo. É fundamental que haja expectativas estabilizadas nos respectivos contextos sociais. Isso permite que se reflita também sobre situações em que textos com significado normativo não são expressões de norma. Um exemplo é dado em recente trabalho por Christoph Möllers (2015, p. 287), referindo-se ao artigo 67 da Constituição da Coreia do Norte, concernente à liberdade de expressão que, apesar de ter a forma linguística de uma disposição normativa e, portanto, de conter um significado normativo, não é norma, constituindo, no máximo, um artefato simbólico da política, sem nenhuma força normativa. Essa não é uma questão que interessa apenas à sociologia, orientada primariamente para estruturas cognitivas, mas também à teoria do direito e à teoria jurídico-constitucional, orientadas primariamente para estruturas normativas. Nesse sentido, considero que princípios e regras jurídicas ou constitucionais são dois conceitos *típicos* mediante os quais se seleciona como as expectativas normativas condensadas como normas dirigem-se contrafactualmente ao comportamento humano e à ação social. Daí por que considero que são dois tipos ideais de normas na perspectiva normativa da teoria do direito.

Silva, porém, sustenta que, “ainda que se aceite que o conceito de tipo ideal tenha alguma relevância na compreensão da distinção normativa entre regras e princípios, com certeza não seria para a configuração de algumas figuras como híbridas”, acrescentando que se trataria apenas de “dificuldade classificatória”. Virgílio sugere,



assim, que teria aplicado erroneamente a categoria weberiana.

Não cabendo aqui insistir que não apliquei simplesmente o conceito de Weber, mas ofereci uma reconstrução conceitual, cumpre, sim, observar primeiramente que Silva parece não ter compreendido a função do tipo ideal na obra de Weber. O tipo ideal tem uma função de ordenar o material do conhecimento em Weber. Ao contrário do que insinua Silva, os “tipos ideais” implicam uma forma de classificação do material do conhecimento. Não são “puros conceitos classificatórios” nos termos da “simples” determinação do gênero próximo e da diferença específica com pretensão de esgotar o material empírico no sentido de uma taxinomia esgotante, pois, para Weber (1973, p. 194, 201-202, “tal forma de verificação do significado da palavra existe apenas no solo das disciplinas dogmáticas que trabalham com silogismos”, sendo um “disparate” em relação à realidade histórica e social (WEBER, 1973, p. 194). Mas os “tipos ideais” pertencem funcionalmente à classificação “orientadora”, tal como Weber expressa em relação a conceitos referentes a tipos de estados, ao afirmar que “esses conceitos típico-ideais servem apenas como orientações para classificar os estados”, mas deixando claro que a maioria dos estados afasta-se, mais ou menos, dessa “simples classificação” (WEBER, 1968, p. 158). Sendo uma classificação orientadora, ela tem os seus limites.

Portanto, nem toda a experiência, instituição, estrutura, organização ou processo social aloca-se *por aproximação comparativa* em um tipo ideal. Há casos em que a situação não se enquadra *primariamente* em nenhum dos tipos específicos, constituindo mistos, especialmente nas fases históricas de transição. Assim, por exemplo, ao falar do conceito de cidade, Weber afirma: “é patente o contraste, particularmente em relação às condições asiáticas, das cidades do Ocidente medieval, e entre estas especialmente as cidades ao norte dos Alpes, onde se desenvolveram com pureza típica ideal” (Weber, 1985, p. 741 [trad. bras. 2004, vol. 2, p. 425]).

É claro que, nesse trecho poder-se-ia vislumbrar uma contradição na obra de Weber (1985, p. 124 [trad. bras. 2004, vol. 1, p. 141]), como já se apontou, pois se o tipo ideal nunca se realiza “puramente” na realidade, como poderia um tipo ideal realizar-se na “sua pureza” em uma experiência histórica? Mas me parece caber interpretar Weber de outra maneira, no sentido de que o tipo ideal “cidade” ter-se-ia realizado de forma *primária e genuína* no ocidente medieval, considerando que na Ásia teria havido formas de transição, mas ainda não se teria formado tipicamente cidades. Situação atípica, em que a experiência não se aproxima *predominantemente* de nenhum dos tipos ideais envolvidos, apresenta-se também quando, no contexto da classificação das três formas de dominação legítima, a saber, tradicional, carismática e legal-racional, Weber trata da “rotinização [cotidianização] do carisma”, considerando, porém, que, “em sua forma genuína, a dominação carismática é de caráter especificamente extracotidiano” (WEBER, 1985, p. 142-143 [trad. bras. 2004, vol. 1, p. 161-162]). Sendo a “veneração extracotidiana” característica típica e própria da dominação carismática e a “crença cotidiana” típica e própria da dominação tradicional (WEBER, 1985, p. 124 [trad. bras. 2004, vol. 1, p. 141]), parece-me que não se pode negar que a “rotinização [cotidianização] do carisma” constitui uma experiência *atípica*, um *híbrido* de dominação tradicional e dominação carismática. Weber reconhece expressamente, com frequência, a existência de “formas mistas” e de “misturas”. Assim, por exemplo, ao tratar de dominação burocrática, afirma que “seus tipos ‘puros’ somente devem ser considerados casos-limite particularmente valiosos e indispensáveis para a análise,

entre os quais se move e continua se movendo a realidade histórica, que quase sempre apresenta *formas mistas*” (WEBER, 1985, p. 578 [trad. bras. 2004, vol. 2, p. 233], *grifei*).

Weber fala até mesmo de “tipos mistos”, como ocorre em relação à cidade: “Parece óbvio que quase todas as cidades empíricas representam *tipos mistos* e, por isso, somente podem ser classificadas segundo seus componentes econômicos predominantes” (WEBER, 1985, p. 730 [trad. bras. 2004, vol. 2, p. 412], *grifei*)¹³. Em vários contextos se pode falar de situações atípicas, embora os conceitos típico-ideais weberianos como orientadores da classificação permaneçam intocáveis. Por exemplo, há experiências históricas em que há misto de capitalismo e feudalismo, sendo impossível afirmar se a experiência aproxima-se mais do tipo ideal de capitalismo ou de feudalismo. No que concerne ao exemplo de Silva sobre a monarquia sueca, porém, é claro que se trata de uma monarquia típica, pois se enquadraria primariamente no respectivo tipo ideal. Entretanto, se tomarmos o parlamentarismo e o presidencialismo como dois tipos ideais concorrentes, poderíamos dizer, sem dúvida, que o atual sistema de governo francês não é tipicamente nem parlamentarismo nem presidencialismo, ao contrário dos Estados Unidos e do Brasil, que se enquadram *tipicamente*, em graus diversos, no presidencialismo, por um lado, e da Inglaterra e da Índia, que se enquadram *tipicamente*, em graus diversos, no parlamentarismo, por outro lado. A esse respeito, é interessante notar que, ao tratar dos tipos de dominação, Weber (1985, p. 823 [trad. bras. 2004, vol. 2, p. 526-527]) sustentava que a análise detalhada das “formas intermédias e combinações altamente complicadas desses tipos puros [...] faz parte dos problemas da ‘teoria geral do Estado’”.

Na minha reconstrução teórica, considere que há dois conceitos “típico-ideais” de normas jurídicas, com função de classificação orientadora: princípios e regras. O material normativo poderá enquadrar-se primariamente em um desses dois tipos. Então, teremos regras típicas e princípios típicos no plano normativo. Caso a norma não se aproxime primariamente de nenhum desses tipos ideais, ela é uma norma atípica, não constituindo um novo tipo ideal nem correspondendo primariamente a um determinado tipo. Sem dúvida, isso pode ter algo a ver com dificuldade classificatória, mas também está associado à estruturação ambivalente das expectativas normativas que se condensam na respectiva norma.

Além da infundada censura à minha aproximação com a noção weberiana de tipo ideal, Silva sustenta que os híbridos decorrem do fato de que eu injustificadamente misturo dois critérios de distinção entre princípio e regras, discorrendo nos seguintes termos:

A impressão de que se trata de um híbrido decorre da atribuição da característica “ser aplicado diretamente à solução de um caso” apenas às regras, algo que Marcelo Neves faz, a meu ver, sem justificativa plausível. Mais do que isso: ao misturar dois critérios para definir o que distingue uma regra de um princípio, cria-se automaticamente a figura do híbrido. Se se define princípio como uma norma passível de

¹³ Cf. também WEBER (1985, p. 13, 20, 153-154, 550, 823 [trad. bras. 2004, vol. 1, p. 16, 23, 173-174, vol. 2, p. 198, 526-527]).



sopesamento e, ao mesmo tempo, como uma norma que não pode servir diretamente à solução do caso, cria-se, por meio da própria definição, a possibilidade dos híbridos: quando a norma é passível de sopesamento e, ao mesmo tempo, serve para a solução direta de um caso, ela não se enquadra perfeitamente nem na categoria dos princípios (justamente porque soluciona diretamente o caso) nem na categoria das regras (porque é sopesável). O surgimento do híbrido, aqui, não tem nenhuma relação com o conceito de tipos ideais, mas com uma mistura indevida de critérios distintivos. (SILVA, 2016, p. 104-105)

Mas, a essa altura, há uma falta de compreensão e mesmo uma deformação e inversão da minha teoria com a de Alexy. Quem utiliza dois critérios de maneira confusa é Alexy. Por um lado, ele distingue entre princípios e regras considerando que os primeiros são razões *prima facie* (não podendo ser razões definitivas mesmo quando aplicados “isoladamente”) e que as regras atuam como razões definitivas de juízos de dever-ser. Por outro lado, ele afirma que a distinção reside em que os princípios (mesmo isolados) são mandamentos de otimização, enquanto as regras distinguem-se por serem satisfeitas ou não satisfeitas (apesar dos esforços de Alexy (1986, p. 75 ss [trad. bras. 2008, p. 90 ss])¹⁴, não vejo aqui uma diferença prática relevante em relação ao “tudo-ou-nada” de Dworkin). É claro que ser razão *prima facie* não implica necessariamente que seja mandamento de otimização. Também ser razão definitiva não é o mesmo critério que “ser satisfeita ou não satisfeita”. Nós temos, nesse caso, sim, dois critérios misturados. Além disso, Alexy (1986, p. 121 [trad. bras. 2008, p. 140]) dá deslizes homéricos na sua pretensão de apresentar uma classificação esgotante das normas jurídicas existentes (excluídas evidentemente as chamadas “normas individuais”). Um deles apresenta-se, como já tratei acima (p. 279-280), quando ele afirma que há “regras incompletas”, que são suscetíveis de sopesamento, de tal maneira que “a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas” (seriam elas híbridos?!). Um outro vem à luz quando ele aponta para caso em que os princípios prevaleceriam sobre uma regra no mesmo grau de hierarquia normativa na dinâmica jurídica (ALEXY, 1986, 122 [trad. bras. 2008, p. 140]). Mas será que a regra, aqui, atuaria realmente como razão definitiva e seria apenas satisfeita ou não satisfeita, e o princípio seria apenas razão *prima facie*, não atuando como razão definitiva que afasta a regra no caso? (Ou estaríamos diante de híbridos?).

Ao contrário, eu proponho uma distinção típico-ideal inequívoca entre regras e princípios do ponto de vista *funcional-estrutural*: princípios são normas que *atuam* apenas em caráter reflexivo com relação às regras e, portanto, são apenas razões *prima facie* em relação à decisão do caso concreto, ou seja, ao juízo concreto de dever-ser, estando *estruturalmente* no plano da observação de segunda ordem em relação ao julgamento; regras (inclusive metarregras) podem *atuar* como razões definitivas – isto é, diretas, imediatas – de um juízo concreto de dever-ser, no final do processo de

¹⁴ Cf. Neves (2013, p. 61, 63 ss).



concretização, encontrando-se *estruturalmente*, então, no plano de observação de primeira ordem do julgamento (NEVES, 2013, p. 98-101, 120 ss). Como decorrência *funcional* necessária dessa classificação, sustentei que as regras servem primariamente ao fechamento e os princípios primariamente à adequação social do direito (NEVES, 2013, p. XVIII-XIX, 127-129, 227). O sopesamento não é critério de distinção para mim. Tanto princípios quanto regras são sopesáveis no meu modelo, como já afirmado acima. Insista-se, porém, que, seguido de referência a casos, consta claramente do meu trabalho que, “embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como um fundamento de uma norma de decisão, só pode ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto” (NEVES, 2013, p. 77). É uma questão puramente quantitativa, sem relevância na minha classificação. Excluídos os casos rotineiros, nos quais, para mim, a distinção entre regras e princípio é irrelevante, não se pode evitar que haja sopesamento de regras com princípios, e mesmo entre regras, antes do fechamento do processo concretizador, quando ela é aplicada por subsunção. Só, então, a regra deixa de ser “incompleta”, passando a atuar como razão definitiva do julgamento. E, insista-se, ser razão definitiva é ser razão direta ou imediata em minha teoria. Conforme meu entendimento, mesmo quando “tomado isoladamente” (a rigor: sem precisar de sopesamento com outro princípio ou com uma regra “incompleta”), o princípio não se torna razão definitiva do caso a decidir e, portanto, não pode ser aplicado como razão direta, imediata do julgamento do caso concreto, precisando que se identifique(m) a(s) regra(s) a partir do princípio ou se infira(m) dele a(s) regra(s) que servirá(ão) de razão(ões) direta(s), definitiva(s), imediata(s) da decisão concreta. Portanto, como já adiantado, parece-me que Alexy entra em grave contradição nesse particular: por um lado, ele afirma que “*sempre* que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”, sustenta, ademais, que, “em si mesmos, princípios *nunca* são razões definitivas”, pois, “ao contrário” das regras, “são sempre razões *prima facie*”, e, por fim, defende que, “isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*”; por outro lado, declara que os princípios podem ser “razões diretas para decisões concretas”. Mesmo quando não precisam ser sopesados (sejam aplicados “isoladamente”), os princípios precisam ser intermediados por uma regra como razão definitiva do juízo concreto de dever-ser. Isso vale para minha teoria. E deveria valer para a de Alexy, se ela fosse consistente a esse respeito.

Concedo que a aproximação ao modelo weberiano de tipos ideal pode ser a parte controversa e discutível do meu trabalho, digna de questionamento. A crítica de Silva, contudo, não me parece suficientemente sofisticada para convencer-me de uma revisão do meu trabalho nesse particular. De certa maneira, trata-se de experimentalismo em sentido similar ao de John Dewey (1963, p. 273; 1946, p. 202-203), ou seja, da tentativa de testar a validade de uma sugestão, sem crença “absolutista” e com prontidão e flexibilidade para revisão. Mas, na verdade, fiz essa aproximação por entender que, nas ciências sociais e outras formas de conhecimento reflexivo e sistemático no âmbito das chamadas “ciências humanas”, toda pretensão de conceituação e classificação gerais sempre tem algo de típico-ideal no sentido análogo



ao de Weber, pois não esgota o material “fluido” do conhecimento. Dessa maneira, não adotei um modelo taxinômico clássico conforme gênero e espécie, com pretensão lógico-silogística esgotante do real, mas antes admiti os limites de minha classificação “orientadora” em face da “fluidez” (WEBER, 1985, p. 578 [trad. bras. 2004, vol. 2, p. 233]) do material normativo, concedendo a existência de híbridos, mas isso não implica fragilidade nem imprecisão conceitual ou classificatória.

V. AS COLISÕES INTRAPRINCÍPIOS

Virgílio Afonso da Silva também censura, no tópico 6 do seu artigo, a minha abordagem das colisões intraprincípios, na medida que esta serve para apontar limites da teoria de Robert Alexy. Silva afirma, em comentário brevíssimo a esse respeito:

Não me parece haver diferença entre uma colisão entre dois princípios distintos e uma colisão que envolva o mesmo princípio. Especialmente para a definição sobre o quão ilimitado os princípios são *prima facie*, essa é uma distinção que não me parece relevante. E os exemplos usados por Neves não são suficientes para demonstrar o contrário. Especialmente aqueles exemplos relacionados a choques culturais – como os distintos valores atribuídos ao direito à vida na cultura ocidental e em algumas culturas indígenas – não parecem ter ligação direta com a distinção teórica entre princípios e regras. Esses choques – e todos as suas consequências – ocorrem não importa que teoria sobre normas jurídicas seja adotada. (SILVA, 2016, p. 106)

290

Também nesse particular, parece-me frouxa a reserva apresentada por Silva. Quando considerei as colisões intraprincípios, afastei-me criticamente de uma noção clássica de direito subjetivo, adotada por Alexy, que o leva a admitir que os direitos fundados em princípios são *prima facie* “ilimitados”, especialmente o direito geral de liberdade (ALEXY, 1986, p. 342 ss [trad. bras. 2008, p. 377 ss]; NEVES, 2013, 161 ss). Partindo de uma concepção transsubjetiva dos direitos, não apenas intersubjetiva, nos termos da teoria dos sistemas (LADEUR, 2014; FISCHER-LESCANO, 2013, p. 17 ss), afirmei que todo direito fundamental de uma pessoa é limitado pelo idêntico direito fundamental de outra pessoa. Daí decorre que nenhum direito é *prima facie* ilimitado e, portanto, pode haver sopesamento no âmbito do mesmo princípio quando diversas pessoas ou grupos, em conflito, afirmam o direito fundado nesse princípio, ou quando há compreensões diversas desse princípio em diferentes esferas sociais. E isso vale também em relação ao direito geral de liberdade. Caso Alexy assumisse o meu argumento, ele não poderia falar mais de direitos ilimitados *prima facie* com base em princípios, nem defender a chamada “teoria externa” nos termos postos por ele. Apontei, então, que Alexy se filia à noção hobbesiana de direito ou liberdade: “O direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir [...]. Naturalmente, todo homem tem direito a todas as coisas, inclusive os corpos dos outros” (Hobbes, 1991 [1651], p. 91 [64]). Estaria em posição contrária à de Locke, conforme o qual a liberdade do estado de natureza, ao contrário da “licenciosidade”, importa que nenhum homem “deve

prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses” (LOCKE, 1980 [1690], p. 9)¹⁵, de tal modo que o direito geral de liberdade seria limitado *prima facie*, inclusive por outros direitos. Aponte que, em obra filosófica, Alexy admite que “nenhum direito à liberdade é ilimitado”, “ao menos, no ponto em que vai de encontro à liberdade dos outros” (ALEXY, 1998, p. 253; NEVES, 2013, p. 161, nota 168). Mas nada disso aparece quando ele trata de direitos ilimitados *prima facie*, o que leva a crer que sua referência filosófica não diz respeito a essa situação dos direitos fundados em princípios constitucionais, mas ao caráter definitivo do direito à liberdade.

Alexy parte dos princípios como grandezas a serem otimizadas, suscetíveis de sopesamento com outros princípios conforme uma “fórmula do peso” (ALEXY, 2003), em que as variáveis se referem aos diferentes princípios ou direitos neles fundados. Ele não poderia aceitar a ideia de direito limitado *prima facie* de *alter* e *ego* com base em um mesmo princípio, pois isso levaria a sua arquitetura conceitual ao colapso. Além de tudo, ao banalizar o meu argumento sobre colisões intraprincípios, dizendo que eles “ocorrem não importa que teoria sobre normas jurídicas seja adotada”, Silva não indica um exemplo em que Alexy, ele ou qualquer discípulo de Alexy tenha tratado ou se ocupado de um caso de colisão *hard* no âmbito do mesmo princípio e como se desenvolveu o respectivo sopesamento. Os profetas também têm seus limites!

VI. POR QUE UM SOPESAMENTO COMPARATIVO? A PRECARIEDADE DA RAZÃO

No que concerne ao cerne de minha crítica ao modelo de Robert Alexy, a saber, minha rejeição à relação indissociável entre otimização e sopesamento entre princípios, que supõe a noção de princípios como mandamentos de otimização, Virgílio Afonso da Silva, no tópico 9, censura-me e defende mais uma vez o modelo do seu mestre. Em primeiro lugar, ele afirma que, na medida em que eu parto do “pressuposto de que a ponderação é inafastável”, meu “modelo em grande parte coincide com o modelo de Alexy, que vê na ponderação um elemento central” (SILVA, 2016, p. 108). Mas evidentemente, para mim, sopesamento não é um critério classificatório de normas (regras podem ser sopesadas) e é um traço banal de todo comportamento humano ou agir social. Mesmo os primatas não humanos sopesam¹⁶. Portanto, não há nenhuma coincidência do meu modelo com o de Alexy nesse ponto. Virgílio vai além e diz que a tentativa de se afastar de Alexy, então, “baseia-se na estratégia de aceitar a ponderação, mas sem aceitar a otimização” (SILVA, 2016, p. 108). Sim, mas se acrescente que, a rigor, diferentemente de Alexy, tanto admito sopesamento entre regras (sem que seja necessário um “recurso ao nível dos princípios”) quanto não vinculo o sopesamento à otimização e, portanto, também não adoto a ideia de que princípios sejam mandamentos de otimização.

¹⁵ Cf. Neves (2013, p. 161, nota 167).

¹⁶ Cf. Boehm (1999, p. 163 ss) e Almeida (2014, p. 35-37).



1. Afinidade entre a “melhor resposta” (Dworkin) e a otimização (Alexy)

Na sua crítica, no tópico 9.1, Silva inicia com uma astuta deformação de um dos meus argumentos, que não é fundamental para minha crítica ao modelo de otimização. Reverberando argumentos de Alexy, ele afirma:

Uma das principais razões para a afirmação acima é a aproximação que Neves faz entre otimização, no sentido de Alexy, e a noção de única resposta correta, no sentido de Dworkin. Não é o caso de analisar aqui a fundo o debate sobre a ideia dworkiniana de única resposta correta. Parece-me ser suficiente: (1) remeter à objeção que o próprio Alexy faz a tese da única resposta, a qual, segundo ele, é “condenada ao fracasso” e (2) constatar que, *se otimizar fosse ‘buscar a única resposta correta’*, então o legislador não teria, nunca, liberdade para legislar, já que essa liberdade está baseada diretamente da existência de diferentes respostas (corretas) a um mesmo problema. (SILVA, 2016, p. 109, *grifei*)

Em primeiro lugar, cumpre observar que, em nenhum momento de minha obra afirmei que “otimizar fosse ‘buscar a única decisão correta’”. Apenas aludi a uma aproximação dos modelos, entendendo que o modelo contrafactual de Dworkin (eu diria antes “maximizante”), enquanto orientado, em sua formulação inicial, para uma “única resposta correta” (Dworkin, 1978, p. 279 [trad. bras. 2002, p. 249]) e, principalmente na formulação posterior, para a “melhor resposta” (Dworkin, 1986, p. 239 [trad. bras. 2003, p. 286-287]), tem uma certa afinidade com o modelo normativo de otimização de Alexy (um campo ótimo de decisões corretas). Assim, embora entenda que os dois modelos são fantasiosos, não levando em conta a complexidade do social e a precariedade da razão jurídica, sempre fui cauteloso para não confundir as duas concepções. Dessa maneira, afirmei em meu trabalho apenas o seguinte: “É verdade que o conceito de Alexy não é empírico, mas sim contrafactual. Aponta para um dever-ser ideal. *Nesse sentido*, ele se *assemelha* à ideia de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, defendida por Dworkin” (NEVES, 2013, p. 82).

Ao afirmar que a concepção de Alexy “se aproxima da noção de uma única decisão correta ou da melhor decisão, no sentido de Dworkin” (NEVES, 2013, p. 141), poderia ter acrescentado que o modelo otimizador de Alexy aproxima-se ainda mais de Dworkin na área cinzenta da busca da “melhor resposta”, conforme a formulação posterior deste autor. Entretanto, aproximação ou semelhança não é o mesmo que identidade conceitual.

Mas é inegável a afinidade entre os dois modelos. Otimização exige que a alternativa escolhida seja tão boa quanto as outras: “De acordo com a teoria da otimização como escolha justificada, a escolha de uma alternativa é justificada apenas se a alternativa é, no mínimo, tão boa como qualquer outra alternativa” (HSIEH, 2016, tópico 4.1).

Essa definição corresponde às palavras de Ruth Chang (2002b, p. 46) quando esclarece que a otimização é “a visão de que o que justifica a escolha de uma alternativa em face de outra é o fato de que a alternativa escolhida é, no mínimo, tão boa quanto

a outra com respeito ao que importa na escolha”. Nesse sentido, mesmo que haja um campo de escolha discricionária de opções na otimização, a opção assumida não poderá ser menos boa do que nenhuma outra que esteja nesse campo, o que torna a otimização mais próxima da ideia de busca da “melhor resposta” do que da ideia de uma “única resposta correta”, mas, sem dúvida há afinidade com ambas, ao menos se “uma ponderação otimizante se aplica quando em ambos os lados da colisão existem fins obrigatórios que devem ser cumpridos pelo ponderador da *melhor maneira possível*” (SIECKMANN, 2006, p. 131).

Mas essa afinidade entre a busca hercúlea da “melhor resposta” e a busca de uma decisão que seja tão boa quanto as outras alternativas na zona do ótimo ainda se justifica pela própria dubiedade de Alexy. Embora sustente que princípios são mandamentos de otimização, ele afirma, em uma passagem, que, quando se trata das submáximas da proporcionalidade concernente à adequação e à necessidade, estaríamos diante da exigência de maximização.

Se se deixa de lado um dos princípios colidentes, a referência às possibilidades jurídicas perde o seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas. Isso conduz a ideia geral de que os princípios se isoladamente considerados – isso é, independentemente de sua relação com outros princípios –, têm natureza de mandamento de maximização. (ALEXY, 1986, p. 80, nota 37 [trad. bras. 2008, p. 95, nota 37])

Mas então, nesses casos, os princípios seriam mandamentos de maximização e, no da ponderação, seriam mandamentos de otimização? Admitida essa inferência natural, a teoria dos princípios como mandamentos de otimização ou a serem otimizados estaria arruinada. A resposta de Alexy a esse respeito é confusa e incapaz de convencer:

Em virtude disso, alguém poderia pensar em definir os princípios como mandamento de maximização, ao invés de mandamento de otimização. Mas essa definição não contemplaria a relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios. Seria, então, necessário ou expandi-la, por meio da edição de uma regra de otimização ao mandamento de maximização, ou suplementá-la, por meio de uma definição como mandamentos de otimização que abarcasse a conexão entre os princípios. Diante disso, a definição geral aqui acolhida – princípios como mandamento de otimização – tem a vantagem da simplicidade. Além disso, ela não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada, o que ao longo do texto ocorrerá com frequência. (ALEXY, 1986, p. 80-81, nota 37 [trad. bras. 2008, p. 95-96, nota 37])



Mas se uma norma se define como mandamento de otimização, não se poderia atribuí-lhe a função de maximizar. Tal inconsistência torna ainda mais infundada a censura de Silva à minha aproximação da teoria de Alexy ao modelo da “melhor resposta”, tal como proposto por Dworkin. Se nenhuma outra na zona do ótimo pode ser melhor, a alternativa escolhida é também, de certa maneira, “a melhor”, entre outras.

2. Precedentes e sopesamento *ad hoc*

No tópico 9.3, em breve passagem, Virgílio Afonso da Silva censura-me por supostamente “ignorar o valor dos precedentes na teoria dos princípios” e por ter afirmado que “a ponderação está ligada a uma racionalidade *ad hoc*, ‘sem perspectiva de longo prazo’”, de tal maneira que os argumentos “tendem a limitar-se ao caso concreto” (SILVA, 2016, p. 110). Aponta, então, para a “reiterada menção aos precedentes por toda obra de Alexy” e alega que já teria afirmado que a “insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão *ad hoc*, independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método” (SILVA, 2016, p. 110). Nesse contexto, ao usar o termo “*ad hoc*”, as citações referem-se a passagens em que estou a discutir a doutrina e a prática jurídico-constitucionais brasileiras, não a teoria de Alexy, o que demonstra a dificuldade de Silva em distinguir os níveis de argumentação em meu trabalho. Entretanto, é verdade que, em outra passagem do livro a que Silva alude no tópico 9.2 do seu artigo (SILVA, 2016, p. 110), refiro-me, com menção a Lateur (2007, p. 367), à “concentração nos efeitos de curto prazo” no “paradigma da ponderação otimizante” (NEVES, 2013, p. 148)¹⁷. Com essa ressalva, seguem os meus comentários.

As afirmações peremptórias de Silva simplificam o meu argumento, mas não convencem. É claro que qualquer teoria minimamente consequente tem que enfrentar os precedentes, pois neles há várias regras e também princípios atribuídos indiretamente ao texto constitucional. Às vezes, o sopesamento deve recair sobre princípios atribuídos ao texto constitucional pela jurisprudência. Entretanto, mencionar frequentemente os precedentes não significa processá-los adequada e consistentemente. O Supremo Tribunal Federal e alguns doutrinadores brasileiros fazem numerosas menções a precedentes, mas, frequentemente, elas são desastradas (e eu estava ocupado deles a essa altura do trabalho). E uma afirmação eventual de que a decisão *ad hoc* relaciona-se com insegurança jurídica não é nenhuma comprovação de que o modelo teórico não tenda ao sopesamento *ad hoc*. Além disso, afirmar que a existência de decisão *ad hoc* “independente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método” parece-me não só ser problemático por separar radicalmente teoria e práxis, mas também constituir uma forma de álibi da teoria, que transfere os problemas para o “controle social” apenas. Mas não houve uma teoria e um método de interpretação que justificou o decisionismo *ad hoc* no período do nacional socialismo? Teorias, especialmente no campo do normativo, não são totalmente isentas em face da respectiva prática.

¹⁷ Cf. também Neves (2013, p. 201).



Acrescento agora: a pretensão otimizante de Alexy, vinculada a cada contexto, tende a um sopesamento *ad hoc*, no mesmo sentido que sustenta Bernstorff (2010, p. 12, 70, 362, 371; 2014, 76 ss).¹⁸ Por quê? O próprio Alexy sublinha que o sopesamento é algo estrito ao caso, contextual:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. (ALEXY, 1986, p.79 [trad. bras. 2008, p. 93-94])

Tomada isoladamente, essa tese não seria problemática. Entretanto, em um modelo de otimização, ela se torna discutível. As condições variam incontrolavelmente. Se formos, em todo caso, considerar todas as condições no afã otimizador, a cada caso a história começaria e encerrar-se-ia novamente. Só quando se assume que certas condições concretas são excluídas, outras já foram tipificadas seletivamente em precedentes e poderão ser tipificadas seletivamente para o futuro, é que se pode superar a tendência de argumentos ou ponderações *ad hoc*, sem nenhum caráter definitório. Mas isso exigiria um sopesamento sem a pretensão otimizante, apenas comparativo, conforme uma racionalidade precária.

A questão não é que Alexy não mencione os precedentes, mas sim que o seu modelo de sopesamento não oferece uma perspectiva de longo alcance e que seja apta a processar satisfatoriamente os precedentes, nos termos que poderia advir de um sopesamento definitório. Observe-se que grande parte de suas menções aos precedentes é apenas para afirmar o seu modelo de otimização como algo que reconstrói racionalmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha à época, não para enfatizar o valor dos precedentes para o processo de sopesamento. Os casos, em sua identidade concreta, são encapsulados na “fórmula do peso” e delas se tornam refém.

Portanto, o modelo de Alexy enfatiza a dimensão da variedade, mas não da redundância. A redundância fica fragilizada se há uma crença contrafactual na otimização em cada caso, em todo e qualquer contexto. Sim, não se oferece critérios satisfatórios para reduzir “o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos”¹⁹. O presente quase se absolutiza na busca do ponto ótimo contextual, quase sem passado e quase sem futuro. Tal modelo só funcionaria se fossem “consideradas todas as coisas” por um sujeito privilegiado do sopesamento, observador perfeito de todas as perspectivas em torno do caso e capaz de aplicar corretamente a “fórmula do peso”, preenchendo-a na justa medida. Porém, os limites do conhecimento do intérprete-aplicador do direito e da Constituição, envolvido em contexto processual para o qual conflui uma pluralidade de expectativas, exige soluções que levem em conta a

¹⁸ Cf. Neves (2013, p. 200-201).

¹⁹ Citando-me, Silva (2016, p. 110). Cf. Neves (2013, p. 125-126, 152, 196, 198-199, 227).



redundância e admita revisões de soluções precárias no futuro. Uma certa suspensão da temporalidade por uma fórmula sintática é o que se observa na teoria de Alexy. A temporalidade do direito não é devidamente considerada em seu modelo de sopesamento otimizador em cada caso. Silva não acrescenta nada em seu breve comentário a respeito, apenas insiste na menção aos precedentes por Alexy e em uma afirmação eventual de sua própria autoria. Faltaram os argumentos.

3. Sopesamento comparativo e otimização

Nos tópicos 9.2 e 9.4, Virgílio Afonso da Silva critica minha admissão de um sopesamento comparativo como alternativa à otimização. Inicialmente, ele afirma:

Ao aceitar a ponderação como inafastável e, ao mesmo tempo, rejeitar a ideia de otimização (ainda que, a meu ver, por razões equivocadas, já que baseadas em uma associação injustificada entre otimização e única resposta correta), cria-se a expectativa da construção de uma proposta alternativa. (SILVA, 2016, p. 109)

Admitindo que estamos diante do incomensurável no sopesamento de princípios, ele apresenta uma solução tanto improcedente quanto inconsistente, com um certo jogo de palavras, mas peremptoriamente:

É justamente o contrário o que ocorre: ponderação só é exigível quando há *incomensurabilidade*, já que, se houver uma métrica comum entre duas coisas, não há ponderação, mas simples mensuração. Em nosso dia-a-dia, constantemente nos deparamos com opções incomensuráveis para as nossas ações e decisões. Isso, contudo, não impede nossas decisões e não as torna irracionais. (SILVA, 2016, p. 111)

Essa afirmação relaciona-se com o trabalho anterior em que Silva (2011, p. 282 ss) recorre à “teoria da paridade” de Ruth Chang (1997, esp. p. 7 e 18; 2002a) para justificar o seu argumento. Já antes, Silva defendera a distinção radical entre a otimização de Alexy e o modelo de Dworkin com o recurso a essa autora, afirmando “que pode haver frequentemente várias soluções para o mesmo problema em uma zona de paridade, dentro da qual qualquer resposta é de considerar-se ótima” (SILVA, 2007, p. 222)²⁰, apontando para otimização do comparável (SILVA, 2007, p. 173 ss). Em primeiro lugar, essa tentativa de juntar uma teoria que parte de que o sopesamento de princípios é indissociável da otimização – “a otimização em relação a princípios colidentes nada mais é do que o sopesamento” (ALEXY, 2002, p. 401 [trad. bras. 2008, p. 594]) – com uma teoria comparativista em relação a valores, aplicável ocasionalmente até mesmo aos desejos brutos em escolhas triviais (Chang, 2002b, p. 64), para justificar a correção do modelo de Alexy, parece-me problemática. Embora considere a otimização, Ruth Chang (2002b, p. 46 ss) distingue, em primeiro lugar, sopesamento tanto de

²⁰ Cf. Silva (2002, p. 204-206).

comparação quanto de otimização, nos termos de correspondência eletrônica a este autor:

Quanto a Alexy, sopesamento *per se* não implica comparabilidade porque você pode ter uma regra que determina o equilíbrio e, assim, a comparação não decorre de um genuíno sopesamento dos méritos das alternativas. Nem sopesamento implica otimização como você corretamente diz. (CHANG, 2015, tradução livre)²¹

Além disso, Chang (2002b, p. 60) sustenta que a comparação “vai além da otimização”, particularmente porque, “diferentemente da otimização, ela [a comparação] nega que todas as razões justificantes são comparações das alternativas; uma razão justificante não precisa ser o fato de que a alternativa é ótima com respeito ao valor da escolha”. Ou seja, não se trata de um modelo que restringe o sopesamento ou a comparação à otimização. Portanto, na zona de “paridade” de Chang a razão justificante não se orienta para uma solução ótima. Ao contrário, ela esclarece em outra correspondência a este autor a respeito de uma de suas passagens sobre otimização:

Eu estava pensando de otimização como tricotomia pressuposta – que as únicas possibilidades de comparação são ‘melhor’, ‘pior’ e ‘igual’. Antes da paridade, otimização era a única forma de comparação. Mas, uma vez que permitimos paridade, temos uma nova forma de comparação, que abre espaço para a paridade. (CHANG, 2017, tradução livre)²²

Portanto, a paridade no sentido de Chang implica uma forma de comparação que é alternativa à otimização ou visa superá-la. Parece-me que quem entrou na “fórmula do peso” de Alexy dela ficou refém, não tendo condições de dar um salto para fora na busca de suplementos em teorias mais nuançadas como o comparativismo de Chang. Pelo menos na forma da tentativa de Silva.

Com esse embaralhamento de Chang com Alexy, Silva torna difícil a compreensão de meu ponto de vista. Minha crítica à otimização dirigiu-se exatamente ao fato de que Alexy (ao que me parece corretamente) relaciona-a à comensurabilidade. Alexy é claro a esse respeito, sustentando que haveria não apenas “comparabilidade”, mas também “comensurabilidade” dos direitos fundamentais a partir de um “ponto de vista unitário: o ponto de vista da Constituição” (ALEXY, 2003, p. 781). Sejamais mais explícitos agora:

²¹ No original: “As for Alexy, balancing *per se* doesn’t entail comparability b/c you could have a rule that determines the balance and so the comparison doesn’t come from a genuine balancing of the merits of the alternatives. Nor does balancing entail optimization as you rightly say”.

²² No original: “I was thinking of optimization as presupposing ‘trichotomy’ – that the only possibilities for comparison are ‘better’, ‘worse’, and ‘equal’. Before parity, optimizing was the only form of comparativism. But once we allow for parity, we have a new form of comparativism, one that makes room for parity”.

O conceito de comparabilidade da significação para a Constituição contém dois elementos que são suficientes para fundar a comensurabilidade. O primeiro é um ponto de vista unitário: o ponto de vista da Constituição. [...] O segundo elemento fundante da comensurabilidade é escala obtida seja como for, que ofereça os graus para a avaliação das perdas e ganhos dos direitos fundamentais. A escala triádica *l, m, s* é um exemplo disso. (ALEXY, 2003, p. 781-782)

A esse respeito, esclareci em meu livro:

Mas o problema da incomensurabilidade surge exatamente em virtude das diversas perspectivas em que a Constituição pode ser observada, numa sociedade diferenciada em uma multiplicidade de esferas sociais, cada uma delas com pretensão de autonomia. A esse respeito, é oportuno acrescentar que, segundo o próprio modelo de Alexy (2000, p. 38), a Constituição (os seus princípios) é objeto da ponderação (...). E o problema da incomensurabilidade surge precisamente por força desse paradoxo: a Constituição é, ao mesmo tempo, critério e objeto da ponderação. É verdade que, com uma “fórmula do peso”, na qual as variáveis são formalizadas (“escala triádica”), é possível tornar estas comensuráveis (cf. Alexy, 2003, esp. p. 782; ver também 2008, p. 599 ss [2002, p. 405 ss]). No entanto, se retornarmos à dimensão do conteúdo, o problema da incomensurabilidade, então reprimido, reaparecerá de forma incontrolável. (NEVES, 2013, p. 149-150, nota 138)

Uma fórmula sintática, embora tenha um valor de ordenação lógica, não entra no campo arenoso do semântico e do pragmático, muito menos torna o incomensurável em comensurável. De qualquer maneira, meu argumento dirigiu-se à obra de Alexy, para quem os direitos fundamentais e os respectivos princípios seriam comensuráveis e, portanto, estariam sujeitos ao sopesamento otimizante.

No entanto, Silva tenta salvar o modelo de otimização de Alexy, estranhamente, alegando, agora, que apenas o incomensurável é sujeito ao sopesamento, pois o comensurável apenas se mensura. Esse é um momento infeliz na obra de Silva. Em primeiro lugar, porque o recurso a Chang e sua compatibilização com a “fórmula do peso” de Alexy é altamente discutível: por um lado, Chang admite, como esclarecido acima, tanto o sopesamento em geral quanto a comparação em especial não otimizante; por outro, Chang não admite apenas a comparação do incomensurável, que “não pode ser medido precisamente”, mas também a comparação do comensurável na escala cardinal, “classificado precisamente em alguma unidade de valor” (CHANG, 1997, p. 02).

Além disso, o jogo de palavras de Silva não procede. O comensurável apenas se mensura, diz ele. Claro que uma grandeza mensurável isoladamente ainda não é sopesável. Entretanto, quando se comparam duas ou mais grandezas mensuráveis para definir uma escolha, torna-se possível o sopesamento (*balancing, weighing*). Consideremos um comerciante ou um colegiado de uma empresa diante da escolha de

um preço ou de outros (valores monetariamente comensuráveis) para um dos seus produtos em face de um mercado complexo e prenhe de incertezas: ambos estão constrangidos a sopesar valores comensuráveis assumindo riscos, inclusive se houver a orientação para otimizar a curto prazo o lucro decorrente diretamente da venda do produto. O sopesamento importa basicamente um cotejamento, que inclui *também* o comensurável. O termo está etimologicamente relacionado ao cotejamento de grandezas comensuráveis, passando a ser empregado para comparar o incomensurável de maneira metafórica, como, às vezes, parece sugerir a própria Chang (2002b, p. 48, 152-153, nota 26), embora a sua orientação argumentativa seja diversa.

Considerando que se sopesa e se compara tanto grandezas comensuráveis quanto grandezas incomensuráveis, meu argumento é que, em relação a estas, a otimização como uma máxima amparada em uma fórmula lógico-sintática é uma pura ilusão. Eventualmente, no mundo do contingente, pode surgir um resultado “ótimo”. E mesmo se fosse admitida a otimização do incomensurável na escala ordinal, isso decorreria de um *sujeito da “escolha racional”* (em um sentido amplo dessa expressão), como enfatiza Chang (2002b, p. 46). Essa suposição de um sujeito da escolha racional não me parece adequada, porém, para tomadas de decisão envolvendo um aparato institucional complexo, em que vários atores estão envolvidos transsubjetivamente na rede discursiva: juiz ou tribunal, partes, advogados, ministério público, terceiros interessados, público etc. E mesmo na perspectiva da escolha racional caberia questionar se, ao “classificar ordinalmente” ou “classificar em uma lista” (CHANG, 1997, p. 02) *para otimizar*, não se supõe que haja uma prévia, mesmo implícita, atribuição de valor mensurável às alternativas a serem postas na lista para que haja condições da própria otimização nos termos de uma comensurabilidade frágil ou indireta, ao contrário de uma lista altamente volátil, flexível e imprecisa do incomensurável, imprópria para otimização. Considere-se que, inclusive no campo da escolha racional referente a grandezas comensuráveis, os modelos de otimização foram questionados, inclusive quando suposto que se possa alcançar o ótimo: o desgaste para definir e alcançar o ótimo seria contraproducente, cabendo assumir o risco de suspender a comparação quando houvesse “algo suficiente”, “satisfatório”²³.

A própria Chang, embora entenda que “ser suficientemente bom’ é, na superfície das coisas, um fato não comparativo” e que “satisfazer [*satisficing*] não é uma teoria plausível sobre a racionalidade – apesar de poder soar como uma teoria da deliberação ou do pensamento racional” (CHANG, 2016, p. 228, 230), admite que, “embora, em pelo menos uma interpretação, apresente uma alternativa para otimização, satisfazer não mina a tese comparativista”, desde que “coloca um genuíno desafio para o comparativismo” (CHANG, 2002b, p. 51). Similarmente, não entendo que o modelo de “satisfazer” seja incompatível com comparação, ao menos no sentido que se desenvolve a partir de Simon (1956a). Especialmente no campo institucional, transsubjetivo, envolvendo variáveis sistêmicas complexas e expectativas desestruturadas da esfera pública, o modelo de sopesamento comparativo impõe-se em caso de colisões de normas, mas a comparação interrompe-se de maneira racional

²³ Nesse sentido, ver Simon (1955, p. 110 ss; 1956a; 1956b).



quando se apresenta uma solução satisfatória no balanceamento das expectativas normativas envolvidas, mesmo que um dos participantes alegue que se possa alcançar o “ótimo”. Evidentemente, nessa perspectiva do “satisfatório”, evita-se o sopesamento se, já no início da eventual colisão de uma das normas, apresenta-se uma solução satisfatória a partir de uma delas. Isso afasta a “compulsão ponderadora”. Daí por que, nas circunstâncias transsubjetivas da concretização constitucional, contar com “todas as coisas consideradas” nos termos de Chang (2004), é inapropriado. *E o modelo de “todas as coisas consideradas” seria compatível com o incomensurável?*

Dessa maneira, ao assumir um modelo de “sopesamento comparativo”, parti da noção de uma razão ou racionalidade precária. Como um modelo dirigido apenas ao contingentemente satisfatório, ele poderia ser reconduzido a uma ou mais fórmulas matemáticas, como o fez Simon (1956a, esp. p. 133-134). Mas isso não me parece necessário e mesmo oportuno no campo do incomensurável e em uma concepção sistêmica que considera o direito e os direitos em termos de transsubjetividade, fora, portanto, do padrão da escolha racional. Como Alexy parte de um modelo da escolha racional e insiste que está a sopesar o comensurável, sua teoria da otimização é, nesse particular, consistente. O mesmo não se pode afirmar da proposta de Silva com sua ideia de que se sopesa apenas o incomensurável.

É interessante que Silva, em vários pontos de seu trabalho, exige, retoricamente, que eu explique certas afirmações e que aponte os casos em que foi aplicado o modelo comparativo, por fim, alegando que a “*demonstração (...)* não é encontrada no livro” (SILVA, 2016, p. 111, *grifei*). Embora meu trabalho tenha sido primariamente de teoria do direito, eu apontei casos e hipóteses em que se caracterizou ou se exigiria um tipo de sopesamento comparativo, considerando a alteridade básica do social e do jurídico, assim como a diversidade de sistemas sociais envolvidos. Entretanto, o mesmo que se me exige ou imputa eu poderia atribuir a Alexy e Silva: nenhum dos casos apresentados *demonstram* que houve uma orientação otimizante ou que houve otimização. Apenas apresentar uma fórmula sintática em relação aos casos nada diz sobre a otimização, pois estamos diante do incomensurável e fora da escolha racional de um sujeito idealizado que dispõe de uma “fórmula do peso”. Ou Silva estaria exigindo que eu *demonstrasse* minha tese com uma fórmula matemática do sopesamento comparativo? Aqui não estamos no campo sólido da demonstração, mas sim no ambiente fluido da reconstrução teórica da prática jurídico-constitucional.

VII. SOBRE A APLICAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL INCONSISTENTE DAS TEORIAS REFERENTES AOS PRINCÍPIOS E AO SOPESAMENTO NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOLÓGICAS

1. Críticas concentradas – não esparsas – ao envolvimento de Virgílio Afonso da Silva no debate brasileiro

No tópico 1 do seu artigo, sob o título “Algumas respostas a críticas esparsas”, Virgílio Afonso da Silva reage às minhas críticas ao seu envolvimento no debate brasileiro das décadas 1990 e 2000 sobre princípios, proporcionalidade, sopesamento

e temas afins. Em primeiro lugar, cabe insistir que não se trata de críticas esparsas, mas sim de críticas concentradas no capítulo IV do meu livro, especialmente nas páginas 182 a 189 em relação a Silva. Ao contrário do que afirma Silva, há uma separação metodológica clara entre a discussão crítica das teorias (capítulos I e II) e a proposta de uma nova teoria (capítulo III), por um lado, e a crítica à aplicação controversa dessas teorias no Brasil (capítulo IV), por outro. Minhas críticas à teoria de Alexy concentraram-se no tópico 3 do capítulo II e também foi desenvolvida em várias partes do capítulo III. As críticas a Silva concentraram-se no capítulo IV, como se observa de todas as passagens a que ele se refere no tópico 1 do seu trabalho.

Silva reage à minha crítica de que a sua censura aos autores brasileiros que incluíram o princípio da interpretação da lei conforme a constituição entre os princípios da interpretação constitucional *também* se aplicaria a Hesse. Apontei que Silva, na sua censura, sustentou que tal princípio “seria um critério específico de interpretação da lei” na obra de Hesse (NEVES, 2013, p. 183). Na sua resposta, reverbera, citando artigos de sua autoria em que afirma que, na interpretação conforme, tratar-se-ia também de um princípio de interpretação da lei, que seria o “seu objetivo principal”. Acrescenta que “não pode ser considerada um princípio da interpretação constitucional” (SILVA, 2016, p. 99). Essa insistência não acrescenta nada à minha crítica a uma certa mentalidade colonial. É inegável que Hesse apresentava o princípio da interpretação conforme a constituição como algo que surgira “no mais novo desenvolvimento do direito constitucional” e que confirmava “a referência recíproca entre constituição e lei”, incluindo “também a questão do conteúdo da Constituição pela qual a lei deve ser avaliada” (HESSE, 1969, p. 31, 34). Afirmar que ele também é um princípio da interpretação da lei (o que é óbvio) não tem nada a ver com a minha crítica. Minha crítica permanece sem resposta: a censura de Silva aos autores brasileiros caberia também a Hesse, não tendo havido erro dos autores brasileiros ao aplicarem Hesse nesse particular.

Virgílio Afonso da Silva também reage à minha crítica pontual à sua censura ao sincretismo metodológico. No geral, concordo com suas restrições ao sincretismo metodológico da doutrina constitucional brasileira dos anos 1990 e 2000. O meu argumento se refere a uma incapacidade de compreender teorias divergentes e admitir uma certa compreensão recíproca entre elas em pontos muito específicos. No caso, refiro-me às teorias de Friedrich Müller e Robert Alexy no ponto da ponderação. Silva deforma o meu pensamento, alegando que “ele conclui não há nada de incompatível entre as duas teorias” (SILVA, 2016, p. 100). Tal conclusão seria absurda. Eu estaria totalmente equivocado se a tivesse afirmado.

O que afirmei no livro diz respeito a um ponto específico. Vejamos com a incômoda citação do trecho:

Silva afirma que Müller sustenta um conceito de norma jurídica insuscetível de colisão e, pois, de ponderação, para, assim, apontar a contradição de sua teoria com a de Alexy. Está correto quanto ao fato de que a norma jurídica em Müller não se submete à ponderação. Mas a norma jurídica em Müller só surge no final do processo de



concretização. Dessa maneira, ela corresponde, no modelo de Alexy, à regra jurídica construída, após a ponderação, como razão definitiva de uma decisão judicial. E, conforme este, nenhuma regra (completa), como razão definitiva, é suscetível de ponderação. *Nesse sentido, não haveria nada de problemático entre as duas teorias. Dados os pressupostos teóricos diversos, a diferença estaria no significado da ponderação antes do final da cadeia de concretização ou de argumentação, respectivamente: para Müller, durante a concretização, a ponderação apresenta-se como um fator potencialmente irracional no processo de produção da norma jurídica que fundamenta a norma de decisão do caso; em Alexy, a ponderação, tanto no caso de princípios quanto de regras incompletas, seria o elemento decisivo na argumentação destinada a construir a regra (completa) como razão definitiva para a norma concreta de solução do caso. Problemas permanecem de ambos os lados, persistindo as seguintes indagações: antes do final do processo de concretização não haveria norma jurídica vinculando os juízes (para Müller)? É possível falar em regras completas como razões definitivas antes que se encerre o processo argumentativo em controvérsias constitucionais complexas (para Alexy)? Mas a resposta a essas questões não se encontra na busca de conciliação de ambas as teorias, tampouco na adoção incondicional de uma delas, mas antes em reflexões que busquem alternativas teóricas a esses modelos.* (NEVES, 2013, p. 186-187, grifei)²⁴

Nada nesse trecho diz respeito a uma compatibilização das teorias. Aponto para limites da avaliação equivocada de um ponto específico da relação entre ambas teorias por Silva. Não me limitei a considerar as oito páginas em que Alexy resume de forma simplificada a obra de Müller (ALEXY, 1986, p. 63-70 [trad. bras. 2008, p. 76-84]). Considerei as duas teorias concorrentes em sua integridade, não como grandezas estanques e definitivas, para esclarecer pontos específicos. Minha preocupação é que nos limitemos inocentemente a lutar por teorias de alhures como modelos integralmente excludentes, sem uma reflexão apropriada sobre os nossos problemas constitucionais.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva reage à minha crítica de que, “em parte (no que concerne ao local e ao universal), as objeções feitas por Silva aos autores brasileiros, nesse contexto, são aplicáveis a ele” (NEVES, 2013, p. 187)²⁵. Silva pretende descaracterizar minha crítica como se eu não admitisse influências jurídico-comparativas entre ordens jurídicas e respectivas teorias ou doutrinas, o que “impediria uma recepção internacional” (SILVA, 2016, p. 100-101), assim como, em relação ao meu argumento de que a teoria de Alexy também tem perdido fôlego na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, argui que a teoria é totalmente independente da prática (SILVA, 2016, p. 101).

Evidentemente é correto dizer que “minha preferência por essa ou aquela teoria não tem relação com os tribunais que a adotam” (SILVA, 2016, p. 101). Não poderia

²⁴ Nesse trecho cito Silva (2005, p. 135-137); Müller (1995, p. 62-63, 67; 1994, p. 208 ss; 1990, p. 21 ss).

²⁵ Cf. Silva (2005, p. 118-121).



ser diferente. Mas também é inegável que a teoria ou a doutrina jurídica só têm sentido se constituem uma reflexão adequada de práticas jurídicas historicamente limitadas e, dessa maneira, são aptas a contribuir para a racionalização dessas práticas. Alexy baseou-se estritamente na jurisprudência constitucional alemã – “fixação em Karlsruhe” (HÄBERLE, 1987, p. 139) – em sua reconstrução teórica dos direitos fundamentais no âmbito da teoria dos princípios, especialmente no que concerne à máxima da proporcionalidade nos seus três níveis, tão conhecida nos exercícios para exames das faculdades de direito na Alemanha. Ao falar que mesmo na Alemanha essa teoria é expressamente questionada na prática jurisprudencial, apenas lateralmente quis advertir para a discutível pretensão de sua universalidade.

A universalidade da teoria de Alexy para o direito constitucional tem sido defendida por alguns dos seus discípulos mais açados, particularmente no que concerne à proporcionalidade (KLATT; MEISTER, 2012).²⁶ Minha crítica a Silva não se referiu primacialmente à simples pretensão de universalidade, embora também a questione, mas antes à recepção acrítica de uma teoria ou doutrina jurídica como se ela guardasse um quê de universalidade e fosse aplicada diretamente no contexto de toda e qualquer ordem jurídica. Em nenhum momento neguei o intercâmbio comparativo de teorias jurídicas, tendo eu mesmo proposto uma teoria de entrelaçamento entre ordens jurídicas que vai muito além do mero comparativismo jurídico, a saber, o transconstitucionalismo (NEVES, 2009). O que me preocupava e ainda me preocupa é a crença de que há teorias definitivamente superiores porque surgiram em ambientes acadêmicos dominantes. Embora considerando a importância da precisão na recepção de teorias, aponte até mesmo para o perigo de tornar o debate constitucional em uma questão terminológica, nos termos em que Silva vinha desenvolvendo (NEVES, 2013, p. 188). Daí por que enfatizei:

Nesse sentido, o constitucionalista, no âmbito da ordem receptora, pode passar a ser antes um censor do uso correto da terminologia construída a partir de um modelo teórico fundado na reconstrução dogmática da prática constitucional de uma ordem jurídica estrangeira. Em suma: em vez de “controlar” a teoria, doutrina e prática constitucional brasileira a partir desse modelo, cabe refletir sobre as deficiências teóricas e práticas que obstaculizam, no Brasil, o desenvolvimento de um direito constitucional que se oriente no sentido da tomada de decisões juridicamente consistentes e socialmente adequadas; com base nessa reflexão, podem ser alcançadas as condições para o surgimento de teoria(s) constitucional(is) que, partindo da reconstrução dogmática da prática constitucional, contribua(m) decisivamente para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. (NEVES, 2013, p. 189)

²⁶ Para uma crítica, ver Reimer (2013).



Minha preocupação era apenas com a recepção acrítica, a absolutização de uma teoria nascida alhures, com a conseqüente incapacidade reflexiva em relação ao material da experiência jurídica brasileira, especialmente com quebra da historicidade e desconhecimento quase absoluto dos autores brasileiros do passado. Um sintoma disso é a própria conclusão de Silva a respeito do debate sobre métodos de interpretação constitucional no Brasil. Ele se restringe a praticamente repetir (sem citar diretamente) uma afirmação de Böckenförde em 1976: “necessidade de uma teoria (vinculante) da Constituição” (Böckenförde, 1991, p. 81).²⁷ Mas que teoria? A de Alexy à moda brasileira? Parece-me muito pouco!

2. Crítica ao abuso de princípio e à inconsistência jurídica da doutrina e prática jurídicas brasileiras

Virgílio Afonso da Silva, no tópico 8 do seu artigo, também censura minhas críticas ao abuso de princípios na experiência brasileira. Antes, porém, mais uma vez, ele deforma meu argumento, vinculando-me ao seguinte argumento atribuído a outros autores: “o argumento costuma ter a seguinte estrutura: juízes por todo o Brasil, em todos os níveis, têm tomado as decisões mais disparatadas com base em sopesamentos de princípios, logo a teoria dos princípios deve ser rejeitada” (SILVA, 2016, p. 107).

Não há nada minimamente próximo desse raciocínio em minha obra, até porque eu mesmo ofereço também uma teoria dos princípios (talvez a confusão se explique porque, ao que tudo indica, para Silva, a única teoria dos princípios possível é a de Alexy). O que afirmo no meu trabalho é que o abuso de princípios na forma atual está relacionado com a deficiente autonomia operativa do sistema jurídico, a baixa concretização normativo-jurídica consistente da Constituição, nos seguintes termos:

A história constitucional brasileira é marcada por esse problema de baixa capacidade de reprodução constitucionalmente consistente do direito. Tanto no passado quanto no presente, a partir de pressupostos teóricos diversos, vem-se apontando para esse problema. Não é aqui o lugar para uma análise desse pano de fundo sociológico. Mas essa questão tem efeitos na prática e na dogmática jurídico-constitucional. (NEVES, 2013, p. 190)

Silva cita trecho em que afirmo que “os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização”, mas não considera o contexto: “pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito” e porque, pertencendo à “estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso” (NEVES, 2013, p. 190-191).

Silva (2016, p. 107-108), porém, sustenta que eu crio uma relação quase necessária entre o recurso a princípios e a falta de autonomia do direito. Isso não procede. Eu

²⁷ Cf. Silva (2005, p. 143) e Neves (2013, p. 184, nota 39).

deixo claro em relação aos princípios: “Quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência)” (NEVES, 2013, p. 191).

O que afirmo é uma relação de abuso de princípios e falta de autonomia do direito em dado contexto histórico. É evidentemente meu argumento não tem nada a ver com a insinuação de que “a jurisprudência brasileira anterior à ‘descoberta’ da teoria dos princípios era um exemplo de consistência, coerência, objetividade e racionalidade, características que teriam sido então destruídas pelos fascínios pelos princípios”, nem com a seguinte inferência:

A crítica de Neves, que vê nos princípios o canal pelo qual os interesses particularistas entram no direito e minam a sua autonomia, parece supor que, antes dos princípios, essa autonomia estava presente e as regras, às quais se dava o devido valor, impediam que interesses econômicos, políticos, relacionais, familiares impusessem bloqueios contra a realização daquilo que a constituição prevê. (SILVA, 2016, p. 108)

Meu argumento não é tão simples. Meus trabalhos há anos apontam para problemas de inconsistência da reprodução jurídica no Brasil²⁸. O pseudoformalismo das regras, em certa fase, nunca escondeu essa inconsistência, no âmbito de uma “legalidade seletiva”. O que é diferente no recurso abusivo aos princípios e ao sopesamento em contextos como o brasileiro diz respeito ao fato de que, como já dito, os princípios, quando abusados, são mais apropriados para “encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso”. Acrescente-se que, em minha teoria, a consistência jurídica só está garantida se ela está articulada com a adequação social do direito, no processamento do paradoxo da tensão e complementaridade entre princípios e regras mediante, respectivamente, argumentos substanciais e formais (NEVES, 2013, p. 223 ss).

Mas Silva (2016, p. 108) exige-me “demonstração empírica” do problema da inconsistência jurídica e da falta de autonomia do direito no Brasil. Não é possível retomar toda a demonstração empírica a cada novo momento que há referência a uma tese. Já em trabalho de 1992 (NEVES, 1992), ao qual Silva se refere (SILVA, 2016, p. 115, nota 51), mas não leva devidamente em consideração, apresento um conjunto de comprovações empíricas da falta de autonomia do direito na experiência histórica brasileira, dele tendo resultado trabalhos mais concretamente empíricos sobre essa questão²⁹. Fiz referência a esse trabalho e a obras de outros autores que, apesar de outros pressupostos teóricos, chegam a resultado semelhantes (NEVES, 2013, p. 190). Em um comentário lateral, é óbvio que não poderia novamente apresentar todo

²⁸ A partir de Neves (1992).

²⁹ Destaca-se Costa (2012).



material empírico processado no passado. Para isso servem as remissões. Sim, chamo atenção no livro sobre princípios e regras para o fato de que o abuso de princípios é mais um (e o novo) episódio em que se reproduz a inconsistência jurídico-constitucional no Brasil, enfatizando que os princípios e o sopesamento têm, nas novas circunstâncias, servido mais apropriadamente para encobrir, pelo fascínio, a inconsistência jurídica. E não deixei de apontar, em caráter secundário, para casos jurisprudenciais como demonstração empírica no item 2 do capítulo IV do livro, inclusive um caso do passado. Entretanto, quando se faz uma obra minimamente complexa e diversificada, não monotônica, não se pode trazer todos os argumentos e todas as demonstrações a todo momento.

VIII. POR QUE O JUIZ IOLAU?

No tópico 10 do seu artigo, em conclusão, Virgílio Afonso da Silva critica a introdução, em minha teoria, da figura metafórica do Juiz Iolau, que seria uma tentativa frustrada de me diferenciar da “teoria [no singular] dos princípios”. Nas suas palavras, “essa tentativa derradeira também é frustrada” (SILVA, 2016, p. 112). Ele, então, alega, sempre insistindo, com certeza inabalável, na superioridade da teoria de Alexy:

Tenho certeza de que, se Iolau ler Alexy e outros defensores da teoria dos princípios com um pouco mais de calma, irá perceber que a otimização não apenas não rejeita, mas, ao contrário, exige a consideração de todos os fatores que Marcelo Neves afirma que ela despreza. (SILVA, 2016, p. 112)

Por fim, critica a minha formulação, em outro contexto do livro, no qual afirmo, na análise de um acórdão específico do Supremo Tribunal Federal, que “não é relevante [aqui] discutir a incompatibilidade desse argumento contido no voto que serve de esteio à maioria com as concepções dos autores invocados” (SILVA, 2016, p. 112), retirando o advérbio “aqui” do original em sua citação³⁰. A partir daí, conclui peremptoriamente que, “segundo ele [eu], é irrelevante saber se aquilo que um juiz diz é de fato compatível com a teoria que ele afirma usar” (SILVA, 2016, p. 113).

Começamos com essa última objeção. Concordaria plenamente com Silva em afirmar que seria um absurdo se um autor qualquer dissesse que é irrelevante saber se aquilo que um juiz diz é compatível com a teoria que ele afirma usar, mesmo porque não separo teoria e prática de forma estanque como ele. Mas isso não tem nada a ver com o que disse nas páginas 211 e 212 do meu trabalho. Naquele momento estava a discutir a inconsistência da aplicação de modelos de princípios na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Eu pus um parêntese – e aqui não é inoportuna uma vaga referência à atitude filosófica de Edmund Husserl³¹ e à atitude metódica de Guerreiro Ramos (1996, p. 72) –, suspendendo, naquele momento específico, a discussão da

³⁰ Cf. Neves (2013, p. 211).

³¹ Husserl (1982, p. 86-88), em outro contexto teórico. Cf. também Habermas (1978, p. 25).



compatibilidade do acórdão do STF, no voto do ministro relator Carlos Brito, com as teorias citadas. Tendo em vista que já havia discutido as teorias de Alexy e Dworkin no particular, entendia que já estava implícito, naquele momento argumentativo, que a referência do ministro a Alexy (e, com ele, a Silva) e Dworkin, no sentido de afirmar uma sorte de primazia absoluta da liberdade de expressão por sopesamento antecipado da Constituição, era incompatível com as teorias desses autores. Mas não deixei de apontar para o absurdo da aplicação nos termos da minha teoria. Afirmei, então, serem “absurdas” as “consequências” da tese afirmada pelo Ministro Carlos Brito de que a “precedência da liberdade de expressão é daquela que se põe em toda e qualquer situação concreta”, desenvolvendo argumentos teóricos sobre a inconsistência daquela aplicação, inclusive em comparação com outros casos (NEVES, 2013, p. 212 ss). Se afastássemos os parênteses reflexivos naquele e em outros momentos argumentativos, cairíamos no borbotão mental inconsequente e seríamos incapazes de desenvolver argumentos específicos na cadeia da argumentação.

Quanto à certeza de Silva de que, se Iolau lesse Alexy, adotaria a sua teoria, parece-me que estamos diante de um dogmatismo de um “único autor correto”. Silva não apresenta nenhum argumento convincente a esse respeito. O Juiz Iolau não é um Juiz Hérculeo à maneira de Dworkin (eu diria um juiz maximizante) nem um juiz otimizador à maneira de Alexy. Ele é um juiz que admite um sopesamento comparativo de caráter não otimizador. Sobre essa possibilidade, há elementos claros mesmo na teoria da própria Ruth Chang, tão cara a Silva (ver *supra* p. 296 ss). Eu ainda vou além para afirmar que quando sopesa, Iolau orienta-se pelo “satisfatório”, por que trabalha com exclusões de variáveis e, sobretudo, admite paralisação da comparação quando entende “ser suficiente”. Portanto, apesar de procurar considerar as diversas perspectivas envolvidas no caso, ele não é um juiz que “considera todas as coisas”, pois sabe que isso é impossível. Ele sabe da necessidade do caráter seletivo e da precariedade de sua racionalidade. Em vez da crença na maximização ou na otimização, mesmo como ideais, ele considera o caráter *hard* dos conflitos subjacentes aos casos controversos, não banalizando fórmulas matemáticas de caráter simplório. O Juiz Iolau, ele mesmo um paradoxo entre abertura cognitiva e fechamento normativo, princípios e regras (e híbridos!), equilibra-se com dificuldade entre argumentos formais e substanciais, sem pretensão de ter a última palavra. Ele é dialógico e capaz de aprendizados com outras esferas do Estado e com a própria sociedade civil e esfera pública, sem desconhecer o seu papel seletivo. Ele está mais próximo da “humildade judicial” nos termos de Cass Sunstein (2009, p. 143, 165 ss). Se ele lesse/ler Alexy, ficaria/ficará desapontado com a sua pretensão otimizador.

IX. CONCLUSÃO: RISCO DE TORNAR-SE “ENVIADO” DE UM PROFETA

A resenha crítica de Virgílio Afonso da Silva, um conhecedor profundo da teoria dos princípios de Robert Alexy, sobre o meu livro “Entre Hidra e Hércules” é louvável e bem-vinda. Ela serve não apenas para que eu possa apresentar certos esclarecimentos sobre minha obra e “pôr os pontos nos is”, mas também para que possa desenvolver novas reflexões sobre pontos que não foram suficientemente considerados em meu trabalho. Entretanto, nessa oportunidade, gostaria de alertar para o “risco de se tornar



enviado de um profeta”.

Esclareçamos. No comentário à carta de Paulo aos romanos, Giorgio Agamben aponta para o papel de apóstolo (uma figura eminentemente religiosa), assumido por Paulo, distinguindo-o do seu precedente hebraico, o “enviado” [*šaliah*], “um mandatário, um homem enviado para uma incumbência determinada”: “Essa figura originalmente jurídica adquiriu no judaísmo um significado religioso [...]. Mas se tratava sempre, mesmo quando a incumbência tinha um caráter religioso, de uma tarefa determinada e de uma figura sem demasiadas pretensões” (AGAMBEN, 2000, p. 60 [trad. bras. 2016, p. 77]). O “enviado” [*šaliah*] não tinha a capacidade interpretativa e reflexiva que se expressava na figura do apóstolo, restringindo-se a transmitir mensagens ou cumprir tarefas.

É muito salutar que jovens brasileiros façam estudos de pós-graduação, especialmente doutorado, em centros acadêmicos dominantes no exterior, sobretudo em centros de excelência e com professores renomados. Isso serve para revigorar os nossos debates e ampliar nosso horizonte de pesquisas. Entretanto, tem-se tornado muito comum que jovens acadêmicos das ciências sociais, da filosofia e particularmente do direito, sem certos pressupostos teóricos, sigam para o exterior e estudem com uma dessas figuras academicamente proeminentes por quatro anos, para retornar como um mero repetidor ou, no máximo, preciso aplicador de uma das teorias em que foi adestrado. Por um lado, a capacidade crítica e reflexiva em relação ao respectivo autor ou modelo teórico, que é elevado ao suprassumo indiscutível da verdade, tende a ficar reduzida ou a ser eliminada. Por outro lado, a experiência histórica do pensamento no nosso país é quase totalmente desconsiderada, sendo rompida a cada leva de acadêmicos que trazem uma nova teoria. Isso talvez seja produto de um certo colonialismo cultural, já existente no passado. Mas, ao contrário do bacharelismo no passado, marcado pelo ecletismo, onde os “enviados” eram confusamente “politeístas” e decantavam as mensagens dos profetas como papagaios desafinadamente polifônicos, há uma nova tendência: muitos retornam após o adestramento por um professor proeminente de alhures, tornando-se não propriamente discípulos, mas “enviados” coerentemente monoteístas de um “profeta”. Esse risco está presente cada vez mais. Quando se consuma, ele é não apenas altamente prejudicial à construção de um modelo de reflexão teórica e doutrinária ou dogmática que seja apropriado ao nosso contexto jurídico-constitucional e adequado ao aperfeiçoamento das respectivas práticas institucionais, mas também obstaculiza uma possível influência de um tal modelo no âmbito jurídico-comparativo. Contra esse “risco do enviado”, cabe hoje mais do que nunca uma atuação incisiva no meio acadêmico brasileiro, especialmente nas faculdades de direito. Estes comentários também servem a esse propósito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Il tempo che resta**: un commento alla Lettera ai Romani. Turim: Bollati Boringhieri [trad. bras.: **O tempo que resta: Um comentário à Carta aos Romanos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2016], 2000.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. bras.: **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008], 1986.
- ALEXY, Robert. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, George (orgs.). **Philosophie der Menschenrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 244-264, 1998.
- ALEXY, Robert. Zur Struktur der Rechtsprinzipien. In: SCHILCHER, Bernd; KOLLER, Peter; FUNK, Bernd-Christian (orgs.). **Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts**. Viena: Verlag Österreich, p. 31-52, 2000.
- ALEXY, Robert. Postscript. In: ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Trad. ingl. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425 [trad. bras. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, p. 575-627, 2008], 2002.
- ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Dieter (orgs.). **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlin: De Gruyter, p. 771-92, 2003.
- ALMEIDA, Fábio Portela L. The Emergence of Constitutionalism as an Evolutionary Adaptation. **Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal**, vol. 13, n. 1, p. 01-96, 2014.
- BERNSTORFF, Jochen von. **Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz**: Eine vergleichende Studie zur Einschränkung nationaler und völkerrechtlicher Freiheitsgarantien. Heidelberg: Tese de livre docência apresentada à Universidade de Frankfurt am Main. 2010.



BERNSTORFF, Jochen von. Proportionality Without Balancing: Why Judicial Ad Hoc Balancing is Unnecessary and Potentially Detrimental to the Realization of Individual and Collective Self-Determination. *In*: LAZARUS, L. *et al.* (orgs.).

Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement. London/Portland: Hart, p. 63-86, 2014.

BOBBIO, Norberto. Il futuro della democrazia. *In*: BOBBIO, N. **Il futuro della democrazia: il comune denominatore di tutte le questioni politicamente rilevanti.**

Turim: Giulio Einaudi [trad. bras. "O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo". Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 17-40, 1986], 1995.

BÖCKENFÖRDE, Wolfgang. Methoden der Verfassungsinterpretation –

Bestandaufnahme und Kritik. *In*: BÖCKENFÖRDE, W. **Staat, Verfassung,**

Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 53-89, 1991 [originalmente em: NJW, 1976].

BOEHM, Christopher. **Hierarchy in the Forest: The Evolution of Egalitarian Behavior.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHANG, Ruth. Introduction. *In*: Chang, R. (org.). **Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason.** Cambridge-MA/London: Harvard University Press, p. 01-34, 1997.

CHANG, Ruth. Against constitutive incommensurability or buying and selling friends. **Nôus 35, Supplement: Philosophical Issues**, v. 11, p. 33-60, 2001.

CHANG, Ruth. Possibility of Parity. **Ethics**, v. 112, n. 4, p. 659-688, 2002 (2002a).

CHANG, Ruth. **Making Comparisons Count.** London: Routledge, 2002 (2002b).

CHANG, Ruth. All Things Considered. **Philosophical Perspectives**, v. 18, p. 01-22, 2004.



CHANG, Ruth. Correspondência eletrônica ao autor. 30 de julho de 2015.

CHANG, Ruth. Comparativism: The Grounds of Rational Choice. *In*: LORD, E.; MCGUIRE, B. (orgs.). **Weighing Reasons**. Oxford: Oxford University Press, p. 213-240, 2016.

CHANG, Ruth. Correspondência eletrônica para o autor. 16 de junho de 2017.

COSTA, Antônio Carlos Luz da. **Irritationen und Allopoiesis im Rechtssystem**: eine systemtheoretische Analyse der polizeilichen Beobachtung in der Stadt Teixeira de Freitas, Brasilien. Tese de doutorado aprovada pelo Departamento de Sociologia da Universidade de Hamburgo em 2012.

DAVIDSON, Donald. On the very idea of a Conceptual Scheme (1974). *In*: DAVIDSON, D. **Inquiries into Truth and Interpretation**. Oxford: Clarendon Press, p. 183-198, 1984.

DEWEY, John. **The Public and its Problems**: An Essay in Political Inquiry. Chicago: Gateway Books, 1946 [1ª ed. 1927].

DEWEY, John. **Democracy and Education**. An Introduction to the Philosophy of Education. New York: Macmillan Company, 1963 [1ª ed. 1916].

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2ª impressão com apêndice (Londres: Duckworth) [trad. bras.: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002], 1978.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press [trad. bras.: O império do direito. 2ª impressão. São Paulo: Martins Fontes, 2003], 1986.



ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: Mohr, 1956.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. *In*: FISCHER-LESCANO, A. (org.). **Kritische Systemtheorie**: Zur Evolution einer normativen Theorie. Bielefeld: Transcript Verlag, p. 13-39, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Theorie und Praxis**. Sozialphilosophische Studien. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

HABERMAS, Jürgen. Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

HÄBERLE, Peter. Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte. Baden-Baden 1985, Nomos. 548 S. (resenha). **Der Staat**, v. 26, p. 135-141, 1987.

HEGEL, G. W. **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**, v. I: Die Vernunft in der Geschichte. Leipzig: Meiner, 1917 [1ª ed. 1837].

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3ª ed. Karlsruhe: Müller, 1969 [1ª ed. 1967].

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. TUCK, Richard (Org.). Cambridge: Cambridge University Press [1ª ed. London, 1651] [trad. bras.: *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural – col. “Os Pensadores”, 1979], 1992.

HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid**. Hassocks: The Harvester Press [trad. bras.: *Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB/São Paulo: Imprensa Oficial, 2001], 1979.

HSIEH, Nien-hê. Incommensurable Values. *In*: ZALTA, N. (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2016 Edition), 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/value-incommensurable/>>. Acesso em: 05 maio 2019.

HUSSERL, Edmund. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie**: Eine Einleitung in die phänomenologische



Philosophie. STRÖKER, E. (Org.). 2. ed. Hamburg: Felix Meiner Verlag [originalmente *in*: *Philosophia*, v. I, Belgrado, 1936], 1982.

KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft** [1781^A/1787^B]. WEISCHEDEL, W (Org.). 11. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 volumes, 1990.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012 (2012a).

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. Verhältnismässigkeit als Universelles Verfassungsprinzip. *Der Staat*, v. 51, p. 159-188, 2012 (2012b).

LADÉUR, Karl-Heinz. **Der Staat gegen die Gesellschaft**: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”. Tübingen: Mohr, 2007.

LADÉUR, Karl-Heinz. Die transsubjektive Dimension der Grundrechte. *In*: VESTING, T.; KORIOOTH, S.; AUGSBERG, I. **Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung**. Tübingen: Mohr, p. 17-38, 2014.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. MACPHERSON, C. B. (Org.). Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company [1^a ed. 1690] [trad. bras.: Segundo Tratado sobre o Governo Civil. São Paulo: Abril Cultural – col. “Os Pensadores”, 1978], 1980.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag [1. ed. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972, 2 volumes] [trad. bras.: Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 volumes, 1983], 1987.

LUHMANN, Niklas. **Die Wissenschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

MÖLLERS, Christoph. **Die Möglichkeit der Normen.** Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität. Berlin: Suhrkamp, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte:** Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1990.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre.** 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik.** 6. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1995.

NEVES, Marcelo. **Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne:** Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica:** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes [2. ed. 2014], 2013.

RAMOS, Guerreiro. **A redução sociológica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

REIMER, Philip. ... Und machet zu Jüngern alle Völker'? Von 'universellen Verfassungsprinzipien' und der Weltdimension der Prinzipientheorie der Grundrechte. **Der Staat**, v. 52, p. 27-57, 2013.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **El modelo de los principios del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, V. A. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume.** Baden-Baden: Nomos, 2002.



SILVA, V. A. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2005.

SILVA, V. A. Prinzipientheorie, Abwägungskompetenz und Gewaltenteilung. *In*: Sieckmann, Jan-R. (org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, p. 215-230, 2007.

SILVA, V. A. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011.

SILVA, V. A. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: Resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

SIMON, Herbert. Rational Choice and the Structure of the Environment. **Psychological Review**, v. 63, n. 2, p. 129-38, 1956 (1956a).

SIMON, Herbert. A Comparison of Game Theory and Learning Theory. **Psychometrika: a Journal of Quantitative Psychology**, v. 21, n. 3, p. 267-72, 1956 (1956b).

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and Action**: A Logical Enquiry. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

WEBER, Max. Idealtypus, Handlungsstruktur und Verhaltensinterpretation (Auszüge). *In*: WINCKELMANN, J. (Org.). **Methodologische Schriften**. Frankfurt am Main: Fischer, p. 65-167, 1968.

WEBER, Max. Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. *In*: WINCKELMANN, J. (Org.) **Gesammelte Aufsätze zur**



Wissenschaftslehre. 4 ed. Tübingen: Mohr, p. 146-214 [Originalmente *in*: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, v. 19 (v. 1 na nova série), p. 22-87, 1904], 1973.

WEBER, Max. **Wissenschaft als Beruf.** 6. ed. Berlim: Duncker und Humblot [trad. bras.: A ciência como Vocação. *In*: Ciência e política: duas vocações. São Paulo: Cultrix, p. 17-64, 2011], 1975.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft:** Grundriß der verstehenden Soziologie.
WINCKELMANN, J. (Org.) 5. ed. Tübingen: Mohr [1. ed. 1922] [trad. bras.: Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB/São Paulo: Imprensa Oficial, 2 volumes, 2004], 1985.

ZUCCA, Lorenzo. Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas. *In*: BREMS, E. (Org.). **Conflicts between Fundamental Rights.** Antwerp: Intersentia, p. 19-37, 2008.

