



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2015
ISSN 1516-6104

46

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

André-Jean Arnaud (Centre National de la Recherche Scientifique); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal de Santa Catarina); Claudio Michelon (The University of Edinburgh); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma - La Sapienza); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília); Wil Waluchow (McMaster University).

Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Andre Bogossian (Editor-Assistente); Pedro Christmann (Editor-Assistente); Rebeca Freitas (Editor-Assistente); Úrsula Vasconcellos (Editor-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN); EBSCO; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <http://www.jur.puc-rio.br/revistas/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 46 Janeiro-Junho 2015

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

Carta do editor/Editorial

Artigos/Papers

- 10** | Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo
Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho
- 38** | O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Diogo Bacha e Silva
- 72** | Mediação policial, segurança pública e segurança humana: uma abordagem reflexiva
Aline Chianca Dantas
- 101** | Uma teoria conservadora de democracia? Aportes para um diálogo entre Michael Oakeshott e Joseph Schumpeter
Daniel Lena Marchiori Neto e Caroline Ferri
- 121** | O supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político
Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro
- 156** | Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile
Iván Mauricio Obando Camino e Johann Stefan Allesch Peñailillo
- 192** | Subjetividade, gênero e estado de direito no contexto das democracias liberais contemporâneas
Leonardo Monteiro Crespo de Almeida

- 223 | Modernizar se conjuga no pretérito: a privação da liberdade de adolescentes no discurso legislativo brasileiro
Marília de Nardin Budó
- 268 | O protagonismo judicial e as políticas públicas
Maurício Oliveira Amorim e Monica Teresa Costa Sousa
- 291 | **Notícias e informações/*News and informations***
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2015 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 307 | **Resumos/*Abstracts***

Carta do editor

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro apresenta, com imensa satisfação, o número 46 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2015. Neste volume, contamos mais uma vez com trabalhos que representam a grande pluralidade do Programa. A partir das instigantes leituras, que expõem questões complexas da realidade jurídica contemporânea, esperamos que muitos debates possam ser suscitados. Aproveitamos o ensejo também para lembrar que as submissões para a *Revista* Direito, Estado e Sociedade são permanentes e devem ser realizadas por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

O presente número se inicia com o artigo de Alexandre Douglas Zaidan, que se insere dentro da problemática acerca da legitimação dos Estados nacionais e entidades não estatais para tratar de problemas constitucionais comuns da sociedade mundial. Aborda-se essa questão a partir da discussão dos conceitos de transconstitucionalismo e cosmopolitismo constitucional. O autor demonstra os limites e as possibilidades de ambas as frentes teóricas. A partir daí, conclui que não é adequado que ambas as frentes adotem uma postura de isolamento, pois isso prejudica a construção da noção de um constitucionalismo partilhado.

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Diogo Bacha e Silva revisitam os principais artigos do Novo Código de Processo Civil que abordam o instituto dos precedentes a fim de investigar qual o conceito de precedente

que o novo Código abarca. Os autores afirmam o aumento da importância do instituto no nosso ordenamento e apontam para a necessidade de se desafiar a visão atual introjetada em nosso sistema de precedentes, qual seja, a de que o precedente seria uma norma jurídica pronta para ser aplicada ao caso concreto.

Aline Chianca Dantas aborda a problemática envolvendo a mediação policial, a segurança pública e a segurança humana. A ideia principal do artigo é demonstrar que a mediação policial pode, sim, funcionar como um instrumento de humanização da segurança pública. Mas isso é possível apenas quando não se deixa de levar em consideração que, pelo fato de a mediação estar claramente marcada pelo fortalecimento da instituição policial, é necessário que ela seja sempre pautada pelas diretrizes dos direitos humanos.

Daniel Lena Marchiori Neto e Caroline Ferri têm como objetivo a sistematização de alguns pontos da teoria política de Michael Oakeshott, com o objetivo de analisar sua compatibilidade com a teoria da democracia de Joseph Schumpeter. Concluem que, apesar de a teoria democrática de Schumpeter não funcionar como um instrumental teórico útil para a compreensão do processo de deliberação dentro da associação civil, que é a categoria utilizada por ele para compreender o Estado Moderno, suas considerações acerca da dinâmica da democracia representativa podem ser bastante úteis para os estudiosos de Oakeshott.

O artigo de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro se insere dentro do contexto de reconhecimento crescente do Supremo Tribunal Federal (STF) como autor da formulação de políticas públicas. Destaca que o STF não atua apenas através do processo decisório colegiado, mas também através de canais pelos quais a ação de ministros individuais pode ser suficiente para afetar o comportamento de outros atores políticos, sociais e judiciais. Para defender esta posição, os autores trabalham com três casos: antecipação de posições na imprensa, pedidos de vista como controle individual da agenda e decisões monocráticas e “jurisprudência pessoal”. Assim, o estudo levanta as dificuldades que envolvem a permissão de que uma minoria de ministros independentes exerça um papel que é considerado contramajoritário.

O estudo de Iván Mauricio Obando Camino e Johann Stefan Allesch Peñailillo traz uma interessante investigação acerca do desenho institucional da Controladoria Geral da República do Chile. Partindo de uma pers-

pectiva histórica e comparada, os autores explicitam os fatores que levaram à criação de tal órgão, responsável por desempenhar autonomamente o controle administrativo dentro do sistema político chileno, bem como as causas que acarretaram na sua progressiva independência. O artigo sublinha, ainda, o caráter *sui generis* da instituição ao compará-la com outros órgãos semelhantes de demais países da América Latina.

O trabalho de Leonardo Monteiro volta-se à questão do gênero. Seu artigo investiga implicações específicas das demandas de gênero para o campo jurídico. Utilizando a contribuição dos trabalhos de Costas Douzinas, Drucilla Cornell e Judith Butler, o autor buscou salientar a urgência em se pensar a diferença sexual dentro do contexto jurídico, uma vez que a falta de reconhecimento jurídico para demandas de gênero acarreta sérios entraves ao exercício da cidadania por parte das mulheres e dos homossexuais.

Marília de Nardin Budó, a partir da perspectiva da criminologia crítica, analisa os textos dos projetos de lei, bem como os votos, os pareceres e os relatórios de suas respectivas comissões, que têm por objetivo aumentar o prazo de internação do adolescente infrator. O minucioso exame, que abarca 44 propostas e 23 pareceres, relatórios e votos de comissões, produzidos entre os anos de 2000 e 2012 na Câmara dos Deputados, visa desvelar a percepção dos deputados federais brasileiros sobre as funções desempenhadas pela privação de liberdade de adolescentes.

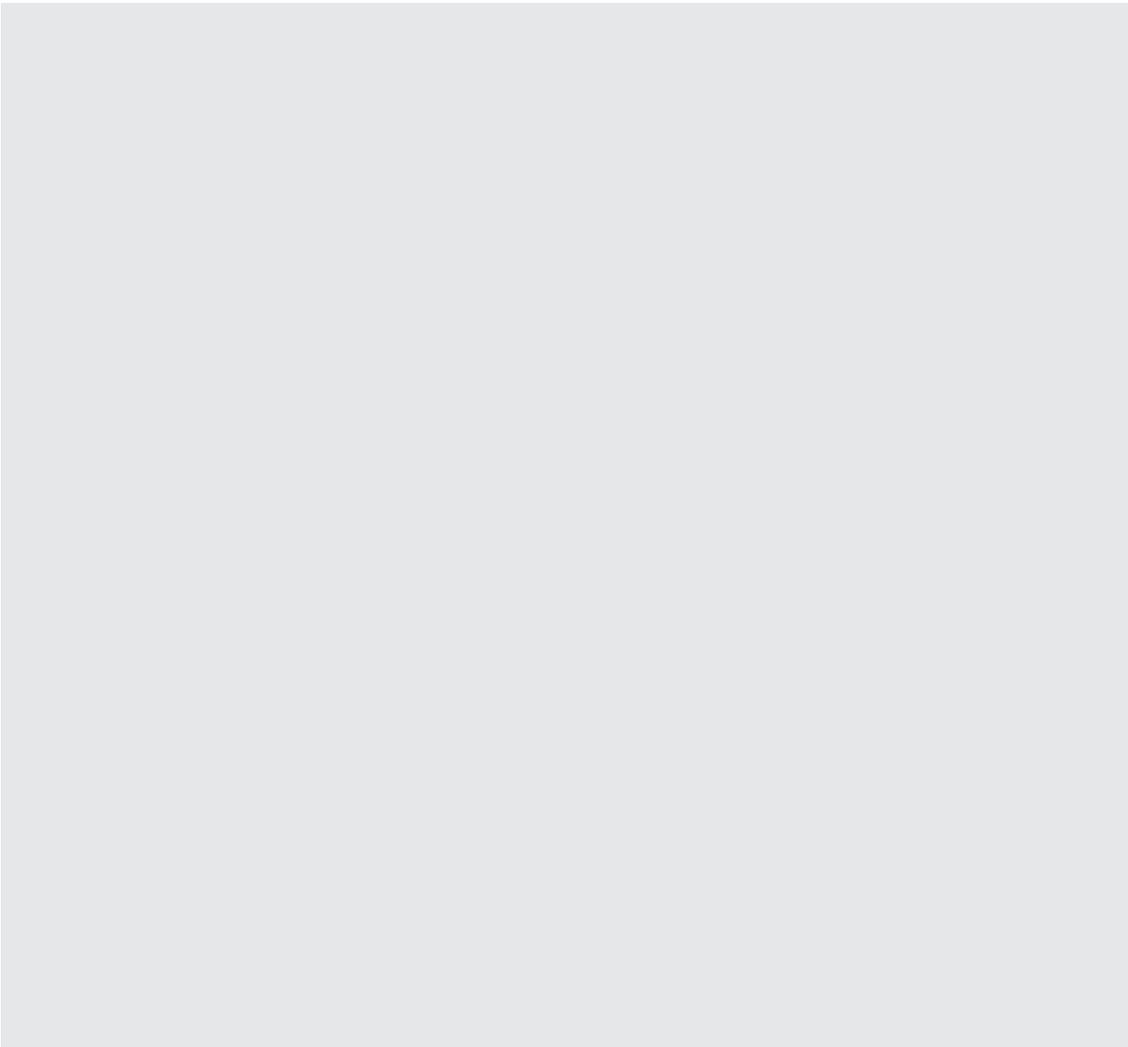
Maurício Oliveira Amorim e Monica Teresa Costa Sousa analisam o controle judicial das políticas públicas. Para tanto, trabalham com as noções de ativismo judicial e da teoria da reserva do possível. Defendem a ideia de que a intervenção judicial é desejável, desde que não ocorra de forma livre e irrestrita. Argumenta-se que quando se concede ao Judiciário a possibilidade de manifestação, o que há, em verdade, é um fortalecimento da política, tendo em vista a ampliação dos palcos de discussão.

Na última seção da Revista, apresentamos, ainda, os Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2014 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

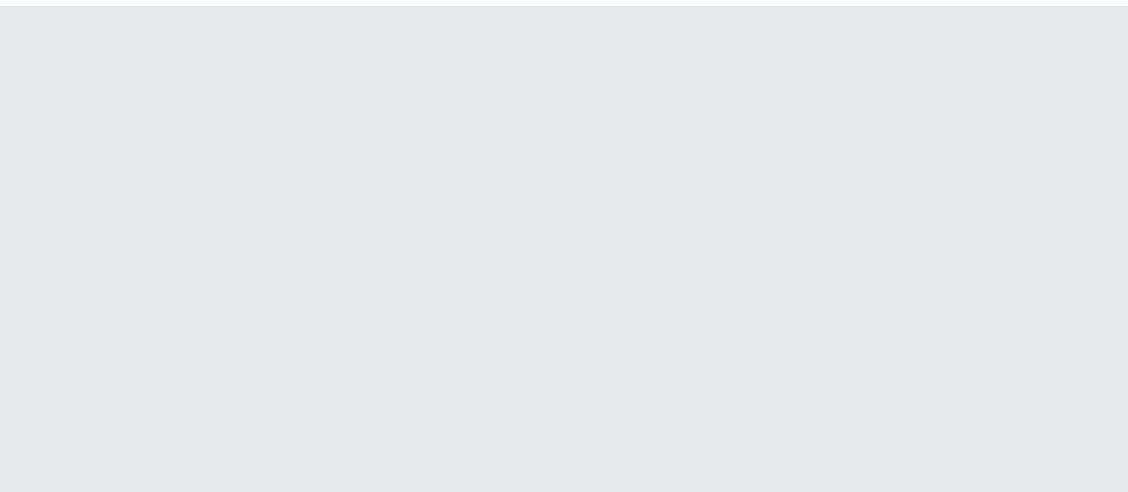
Por fim, aproveitamos para informar, com grande orgulho, que nossa Revista agora possui classificação A1 no sistema Qualis-Periódicos, o estrato mais elevado dos periódicos. Por esse resultado, agradecemos a toda equipe editorial, que empenhou todos os seus esforços para o sucesso desta Revista. Agradecemos também a todos aqueles que, de alguma forma,

seja como leitores, autores ou revisores de artigos, contribuíram para que a Revista Direito, Estado e Sociedade cumprisse seu maior objetivo: a transmissão do conhecimento acadêmico.

Noel Struchiner
Editor



Artigos



Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo

Transconstitucionalism or cosmopolitanism: perspectives for a dialogal semantics in the contemporary constitutionalism

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho*
Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

Imagine-se que a passagem escrita por Shakespeare em *Hamlet* de que “nosso tempo está desnorteado”¹ pudesse ser tomada como a grande provocação do pensamento filosófico da modernidade sobre a relação entre o direito e a política. E que dessa provocação surgisse a seguinte questão: Quem decide qual o sentido do poder e do direito na vida dos indivíduos?

Num grau de generalidade como esse talvez nenhuma outra resposta pudesse ser tão precisa quanto a figura do soberano. Mas de que soberania se pode falar quando não se define se o soberano é o poder ou o direito? O dilema apresenta-se, então, entre duas alternativas: o direito estabelece as normas de funcionamento do poder ou o poder cria livremente o direito.

No contexto de edificação do Estado moderno essa histórica antinomia entre poder e direito buscou solução no constitucionalismo. Tratava-se de

* Doutorando em direito na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: douglas.zaidan@gmail.com.

1 SHAKESPEARE, 2007, p. 41. No original, publicado em 1601: “*The time is out of the joint*”; há ainda uma tradução para o espanhol com o seguinte teor: “*La naturaleza está en desorden*” (SHAKESPEARE, 1798, p. 45). O trecho está no final do Ato I, cena 5, em que Hamlet dialoga com Horácio e Marcelo, logo após ter recebido do espectro de seu pai a notícia de que o motivo de sua morte foi o envenenamento por meimendo enquanto dormia no jardim, por ação do tio de Hamlet, Cláudio, que se tornara rei da Dinamarca e acabara de se casar com Gertrudes, a rainha viúva.

uma inovação linguística articulada pelas revoluções liberais, cuja pretensão era construir uma semântica social² capaz de fornecer um conceito de soberania fundado no primado da Constituição. A promessa do mecanismo que a um só tempo promoveria a diferenciação entre os sistemas político e jurídico, viabilizando a legitimação de ambos por referências mútuas, evitaria o regresso infinito à questão sobre a fundação do poder e do direito.

O constitucionalismo passava a consagrar uma noção de soberania que, segundo Luigi Ferrajoli³, residia sob três aporias: a primeira, de matriz filosófica, atribuía a uma concepção jusnaturalista (soberania) a fundação juspositiva do Estado e do direito internacional público moderno; a segunda, de caráter histórico, seria a responsável pela divisão entre soberania interna (*potestas absoluta*) - consistente na progressiva formação dos Estados constitucionais, e soberania externa (*superiorem non recognoscens*) – realizada historicamente como absolutização do direito de declarar guerra e celebrar a paz; e, finalmente, o paradoxo inserido na teoria do direito, a respeito da legitimação do ordenamento jurídico no plano interno, cuja autodeterminação exige que o direito regule a si próprio como esfera autônoma, sofrendo a irredutível antinomia de obrigar-se à observância da paz e dos direitos humanos no plano internacional.

Hoje este último paradoxo parece ter se radicalizado. A fórmula de autoproclamação da soberania que combina regras de procedimento e normas de validade substancial com base nos direitos fundamentais, no plano interno; e o exercício da prerrogativa de vincular-se autonomamente a pactos de direito internacional, incorporando aos ordenamentos jurídicos nacionais disposições de interesse supranacional, no plano externo; não corresponde mais às complexas relações de produção de sentido do direito na sociedade mundial⁴ multicêntrica.

A ameaça terrorista à vida e à integridade de pessoas, o poder destrutivo de armas nucleares, as ofensas ao meio ambiente e o aquecimento

2 LUHMANN, 1996, p. 4 ss.

3 FERRAJOLI, 1997, p. 8 ss.

4 Para Luhmann, o termo não despreza as desigualdades entre regiões do globo, o que poderia resultar em um “sistema global de sociedades regionais”, mas parte da consideração de que a explicação dessas diferenças “*não deve apresentá-las como dados, isto é, como variáveis independentes, mas deve, antes, começar com a suposição de uma sociedade mundial e, em seguida, investigar, como e porque esta sociedade tende a manter ou mesmo aumentar as desigualdades regionais.*” Cf. LUHMANN, 1997, p.72.

global⁵, os conflitos étnico-religiosos com efeitos extraterritoriais, o acirramento da disputa por fontes de energia, além da intensificação da miséria e das desigualdades, causadoras do aumento de fenômenos migratórios, são exemplos de fatores que evidenciam a escala mundial dos problemas com que a reduzida capacidade técnica e política dos Estados precisa lidar. Tudo isso num contexto de precarização da legitimidade⁶ de instituições com encargo de manutenção da paz e do equilíbrio nas relações internacionais.

Por outro lado, a tentativa de construir soluções consensuais numa esfera global baseada em critérios de legitimação que pressupõem a observância de condições democráticas por seus participantes encontra sérias dificuldades. Aqui o paradoxo se manifesta pela pretensão de formular regras de procedimento comum num ambiente marcado pelas radicais diferenças entre povos e culturas⁷. Diferenças que não se reduzem diante de uma globalização orientada pela expansão dos efeitos da lógica do livre mercado.

É sob esse desnorteio shakespeariano que são repropostos os dilemas do constitucionalismo enquanto movimento capaz de articular fundamentalmente a limitação do poder e a garantia de direitos, responsáveis pelo êxito do conceito de Constituição no sentido moderno, contudo, desvinculando-os da figura do Estado⁸.

Diante de um quadro com tantas variantes, os esforços teóricos empenhados à reabilitação do constitucionalismo como discurso normativo universal da ideia de liberdade⁹ precisam confrontar-se principalmente

5 Partindo do consenso da comunidade científica de que o aquecimento global e a atual da crise climática são resultado da ação humana, Dipesh Chakrabarty observa como os sentimentos contemporâneos de ansiedade e preocupação em relação à finitude da humanidade desafia, inclusive, uma mudança na auto-compreensão do pensar histórico. Para o autor, a percepção da dimensão da crise e a possibilidade de extinção da espécie humana provocariam um senso do presente que separa o futuro do passado ao colocar tal futuro além do alcance da sensibilidade histórica. Cf. CHAKRABARTY, 2009, p. 197.

6 Sintomático dessa crise de legitimidade foi a tomada de posição unilateral e hegemônica pelos Estados Unidos ao decidir intervir no Iraque, contra decisão do Conselho de Segurança da ONU, e a intervenção em Kosovo, mesmo diante dos vetos de Rússia e China. Cf. MORRIS & WHEELER, 2007, p. 220 ss.

7 Alguns desses conflitos podem ser vistos nas relações entre particulares diante da expansão da tecnologia e do mercado, p. ex. a venda da carne de vaca em alguns locais da Índia, onde o animal é considerado sagrado ou a comercialização de frango congelado no Irã, sem o respeito ao ritual de abate exigido pelos muçulmanos; mas também nas relações de indivíduos ou grupos com Estados, como no julgado do tribunal de Colônia (Alemanha), que considerou crime, sujeito à pena de prisão, a milenar prática religiosa judaica e muçulmana de circuncisão de recém-nascidos, por entendê-la incompatível com a integridade física da criança, prevalecente sobre a liberdade religiosa de seus pais.

8 Uma crítica às tentativas da teoria constitucional de transferir irrefletidamente ao plano global os paradigmas de constitucionalização do Estado-nação é feita por Günther Teubner. Cf. TEUBNER, 2004, pp. 7 ss.

9 Cf. BRUNKHORST, 2011, p. 16

com dois fenômenos: o primeiro é o aumento de complexidade das relações entre os atores envolvidos no processo de globalização (agentes privados, entidades supranacionais, Estados e indivíduos); e o segundo, a tendência de expansão destrutiva dos sistemas parciais em nível mundial, especialmente o sistema econômico¹⁰, com consequências para a proteção dos direitos humanos. Isso enquanto o sistema jurídico fragmenta-se progressivamente em ordens de níveis múltiplos¹¹, colocando em xeque dois dos mais importantes postulados kelsenianos¹²: a estrutura escalonada da ordem jurídica e o monismo do direito internacional.

Essa revolução copernicana da autocompreensão do constitucionalismo em nível global não deixa de produzir seus reflexos no plano interno dos Estados. Pelo contrário, ela gera efeitos diversos para a interpretação e aplicação do direito por órgãos judiciários nacionais que, de um lado, passam a se deparar com a insuficiência dogmática da “supremacia constitucional” e, por outro, precisam conviver com a tensão entre o dever de fundamentar suas decisões sob a Constituição e a observância da universalidade de princípios do direito internacional, além dos precedentes de cortes internacionais e decisões de entidades transnacionais. Um panorama significativamente mais complexo para órgãos judiciais nacionais, cada vez mais órfãos dos padrões herdados¹³ das revoluções liberais.

É sobre os efeitos dessa atualização de sentido¹⁴ do constitucionalismo que este trabalho dirige a sua atenção. Uma atenção que demanda a reapropriação da dicotomia interno/externo no sistema jurídico e mudanças na postura interpretativa das cortes encarregadas das respostas sobre problemas constitucionais comuns da sociedade mundial.

10 Ao descrever a forma de autonomização do discurso jurídico na modernidade, Max Weber já observara que o direito formal encontrava contradições ao deparar-se com a dinâmica das relações comerciais, sendo forçado a tomar um rumo antiformal (WEBER, 2009, p. 153).

11 Habermas afirma que a constitucionalização de uma cidadania cosmopolita passa por três níveis ou *arenas*: a supranacional (comunidade internacional), a transnacional (regimes regionais) e a estatal (estados nacionais) HABERMAS, 2007, pp. 359 ss, defendendo uma política interna mundial descentrada do Estado, mas com reformulação da ONU, segundo uma estrutura prevista numa espécie de Constituição para a sociedade mundial; já Neves descreve a possibilidade de entrelaçamentos simultâneos entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, cf. NEVES, 2009, pp. 238 ss.

12 Cf. KELSEN, 1998, pp. 155 ss. e 234 ss.

13 Cf. GRIMM, 2004, p. 15.

14 Cf. LUHMANN, 2006, pp. 33 ss e LUHMANN, 2002, p. 32.

Problematizando as possibilidades da permanência de interpretações focadas na prevalência da “última palavra”¹⁵, serão comparadas duas perspectivas de construção dialógica no estágio atual do constitucionalismo: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas de Marcelo Neves, e o cosmopolitismo constitucional, trabalhado por Cass Sunstein, procurando descrever os limites e possibilidades de ambas as teorias como alternativas ao enfrentamento de questões jurídicas além-fronteiras.

Um dos principais desafios à construção partilhada de uma semântica constitucional suficientemente complexa para lidar com as expectativas normativas rearticuladas por ordens distintas está no confronto das assimetrias¹⁶ existentes no plano estrutural das relações sociais em nível mundial. Um problema que exige mudanças de comportamento de vários agentes, em especial quando consideradas as restrições à adoção de uma linguagem comum no plano da solução de conflitos. Nesse sentido, propõe-se uma análise tanto do transconstitucionalismo quanto do cosmopolitismo constitucional, sob a ótica específica do tratamento das diferenças, procurando enxergar como a autocompreensão de cada uma das teorias pode significar uma abertura para o *outro*¹⁷ ou apenas a apropriação estratégica do discurso constitucional para afirmar a própria identidade e repetir o mesmo.

2. Acoplamento estrutural, razão transversal e o transconstitucionalismo

Uma das alternativas teóricas construídas para lidar com a crescente fragmentação do direito e as dificuldades do relacionamento entre as ordens jurídicas da sociedade mundial é a noção do *transconstitucionalismo* de

15 Uma discussão sobre a insuficiência de teorias da ‘última palavra’ ou ‘última autoridade’ representativa do conflito entre parlamentos e cortes constitucionais no âmbito interno da reprodução do direito e da política é feita por Conrado Hübner Mendes, que procura articular a “provisoriidade das decisões com a continuidade da política” através do diálogo permanente. Cf. MENDES, 2008, pp. 168 ss. Sobre problemas de inconsistência da autoafirmação do poder da última palavra pelo Supremo Tribunal Federal ver: CARVALHO, 2013.

16 Para Koselleck a característica dos conceitos *antitéticos assimétricos* é que “eles determinam uma posição segundo critérios tais que a posição adversária, deles resultante, só pode ser recusada” Cf. KOSELLECK, 2006, p. 195. Essa oposição auxilia a fundamentação tanto da constituição interna quanto da política externa à medida que desloca o espaço da experiência do horizonte de expectativas e permite a negação do outro como integrante de uma humanidade única. Cf. KOSELLECK, 2006, pp. 191 ss.

17 A referência aqui é ao “pensamento da alteridade”, desenvolvido por Emanuel Levinas, que procura abrir caminho para a relação do *Mesmo* com o absolutamente *Outro*, sob uma ética para além da categoria de totalidade conceitual em que teria se fechado a tradição filosófica moderna, evidenciando a subjetividade como uma relação de alteridade Cf. LEVINAS, 2011, p. 66; tb. MILOVIC, 2004, p. 88.

Marcelo Neves. A proposta descreve a possibilidade de diálogos baseados em acoplamentos estruturais¹⁸ e *pontes de transição*, como abordagem adequadamente complexa ao tratamento de problemas constitucionais comuns, evitando tanto pontos de vista focados na plena autonomia estatal, quanto a aposta no internacionalismo como última *ratio* ou ainda do uso metafórico do conceito de constituição que possa importar na expansão de um *constitucionalismo imperial*¹⁹ para a ordem transnacional.

Os pressupostos utilizados por Neves para construir a ideia do transconstitucionalismo relacionam-se com o entrelaçamento dos discursos político e jurídico na teoria dos sistemas²⁰ e a formação de racionalidades parciais trabalhada por Wolfgang Welsh²¹, que entre as suas preocupações, encarrega-se da reabilitação do conceito de razão após os ataques das críticas pós-modernas e pós-estruturalistas.

Inicialmente o conceito de constituição é contextualizado historicamente a partir dos movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos, quando se atribui a estas revoluções liberais a responsabilidade pela interpenetração terminológica entre a política e o direito na semântica social. Desse entrelaçamento “*política e direito aparecem como um sistema e o direito como forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza*”²². Então, a constituição em sentido moderno seria uma reação à diferenciação funcional entre política e direito, ante uma conjunção de fatores sociais que viabilizaram o acoplamento entre esses sistemas.

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas, essa religação forneceria o parâmetro de validade do direito, considerando-o operativamente fechado, autorreferente, circular e concebido sob a descrição de dois tipos de operação: uma positiva, sob a tautologia constitutiva de seus próprios elementos internos; outra negativa, sob o paradoxo da inserção de elemento do ambiente, reproduzindo as distinções que o caracterizam como sistema jurídico no plano concreto da comunicação social.

18 Cf. NEVES, pp. 34 ss e 235 ss; e LUHMANN, 1996, p. 22; 2002, pp. 315 ss e 2007, pp. 66 ss.

19 Esse propósito fica claro logo no início do texto. Cf. NEVES, pp. 6, 51.

20 Cf. NEVES, 2009, pp. 34-38; NEVES, 2011, pp. 64-67 e LUHMANN, 1996.

21 Cf. WELSH, 1998, pp. 17-31 e WELSH, 2000, pp. 79-91.

22 Cf. LUHMANN, 1996, pp. 3-4

Tomando a capacidade do código binário lícito/ilícito em orientar a formação congruente de expectativas normativas com pretensão generalizante²³, a sua própria validade não é posta em questão. Logo, é necessário que o direito sancione a si mesmo como sistema, ocultando o paradoxo de sua diferenciação, sem o que restaria prejudicada a sua positividade. Dito de outro modo, sem tal operação, as questões postas ao direito seriam indecidíveis²⁴.

Nesse contexto, a constituição funciona como projeto de ‘desparadoxalização’, apresentando-se como fundamento de validade que torna assimétrico o direito em relação a si mesmo. Cria-se para si uma instância ‘super-regulativa’ através da articulação entre o direito e a política, que realiza o fechamento operacional do sistema jurídico ao mesmo tempo em que representa sua fundação²⁵.

A concepção de constituição como acoplamento estrutural, e de acoplamento estrutural como aquisição evolutiva²⁶, gera consequências fundamentais para o processo de interpretação do direito. Isso porque é justamente a partir dela que se admite a possibilidade de irritação sistêmica de outras esferas (economia, educação, religião, etc.) na comunicação do sistema jurídico. Sem desconsiderar que, assim como os demais, também o direito está sujeito ao aumento de complexidade e à dinâmica operacional dos elementos de variação, seleção e restabilização característicos da relação sistema/ambiente.

Disso resulta considerar que a interpretação constitucional não se encerra nos textos, mas se insere no contexto contingente formado por elementos históricos²⁷ modificadores dos valores subjacentes à elaboração dos textos constitucionais, alterando o seu próprio sentido. Essa contingência não atinge a pretensão de separação e fechamento operacional dos sistemas do direito e da política, que são o pressuposto da existência

23 Cf. LUHMANN, 1985, p. 42.

24 Nesse ponto, destaca-se a observação sobre o paradoxo da lógica jurídica na construção da “certeza” das respostas no direito feita por Luhmann, ao apontar como a indecidibilidade sobre os sentidos de certo e errado, decorrente da ausência de uma posição aprioristicamente verdadeira ou falsa só encontraria alternativa na aplicação do código binário (lícito/ilícito) ao próprio direito. Cf. *Id.*, 1988, p. 154.

25 Nas palavras de Luhmann “o código lícito/ilícito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código lícito/ilícito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível.” Cf. *Id.*, 1996, p. 12.

26 *Ibid.*, p. 29.

27 *Ibid.*, p. 30.

da constituição, mas não impede a atuação de uma tendência evolutiva comum a ambos os sistemas.

Luhmann destaca que a interpretação da constituição assume um caráter distinto da interpretação do direito em geral, observando nela a transferência da compreensão da soberania do constituinte para o intérprete. Assim, caberia a este a construção do sentido de constituição ao fazer uma “descrição de descrições”²⁸, cuja operação irrita os sistemas da política e do direito ao mesmo tempo.

Esse acoplamento estrutural, apesar de viabilizar “*interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais*”²⁹ e possibilitar o oferecimento de heterorreferências das distintas comunicações intrassistêmicas ao ambiente comum da sociedade, carece da função de coordenação entre as diversas complexidades postas à disposição dos demais sistemas receptores de sentido. Assim, a estrutura luhmanniana de acoplamentos demonstra a existência de incontáveis complexidades desordenadas ou inapreensíveis como constitutivas de sentido normativo para todos os sistemas parciais envolvidos, não impedindo a expansão destrutiva de um sistema em detrimento dos demais.

Categorizar de tal maneira o conceito moderno de constituição seria insuficiente para dar conta do aumento de complexidade no grau exigido pela desterritorialização da política que, ressentindo-se do parâmetro de soberania, demandaria novos critérios funcionais para a solução de problemas constitucionais comuns.

Nesse ponto, Neves resgata a ideia de razão transversal de Wolfgang Welsch, cuja proposta não nega a possibilidade de uma metanarrativa³⁰ racional que sirva de parâmetro para racionalidades parciais, mas enxerga na razão o papel da construção de pontes de transição entre a ampla heterogeneidade discursiva. A proposta, entretanto, não se confunde com uma sequência comunicativa orientada para o consenso³¹ como meio de alcance

28 LUHMANN, 1996, p. 36.

29 NEVES, 2009, p. 37.

30 Esta opção não se refere a uma metaordem ou ponto arquimediano capaz de estabelecer em si mesmo uma posição privilegiada de observação da sociedade mundial, mas de reconhecer o inevitável paradigma da pluralidade. Cf. WELSCH, 1998, p. 25.

31 Welsch afasta-se da ideia de intersubjetividade apontada por Habermas como condição da comunicação, destacando como primado da razão teórica os pressupostos da auto-reflexão e auto-entendimento. Cf. Id., 2000, p. 82.

da justiça, mas procura se apresentar como instrumento de articulação entre os diversos dissensos³².

Welsch expõe uma dupla unilateralidade própria da razão, sobre o qual o pano de fundo de todo raciocínio envolve, necessariamente, o outro lado, oculto, que não se deixa ver pela observação direcionada a certo objeto. Esse raciocínio obrigaria a própria razão a deixar um flanco aberto a fenômenos que a transcendem, ou seja, a razão em si seria inconclusiva, o que não significa evitá-la ou desprezá-la como tarefa filosófica, mas deslocar a sua análise para o foco da consistência³³.

A proposta de Welsch levanta a necessidade de adoção do ponto de partida adverso como meio de reconstruir criticamente as objeções do próprio quadro referencial. A ideia seria reorganizar os pontos convergentes e divergentes, a partir de um “passo para trás” nas condições do desacordo sobre determinado tema, ou seja, deslocando a questão para um parâmetro de linguagem comum a ambos os lados, na tentativa de alcançar uma irrefutável base de aceitação³⁴ como pressuposto dos mais diversos discursos. Uma posição tal ofertaria alternativas para a reconstrução crítica da razão, possibilitando transcender as próprias racionalidades ou, ao menos, não considerá-las de forma tão abrangente³⁵. Um procedimento que seria capaz de dotar a razão de uma visão mais imparcial acerca de sua própria posição e provocar o que Welsch chamou de “interpretação recíproca”³⁶.

Essa “interpretação recíproca”, dotada de várias características, estaria apta a promover a saída da razão de seu isolamento posicional ou paroquial³⁷ para acoplar distintos pontos de vista³⁸, submetendo-os à crítica de

32 Uma “orientação entre as diversas desordens” Cf. *Id.*, 1998, p. 27. V tb. NEVES, 2009, p. 40. Sobre as possibilidades de intermediação do dissenso conteudístico através de um consenso procedimental mínimo, que promova a autonomia das esferas da sociedade hipercomplexa v. *Id.*, 2008, p. 136-156.

33 Cf. WELSCH, 2000, p. 81.

34 Cf. *Id.*, 1998, p. 28.

35 Três fatores seriam determinantes para descrever a nova estrutura da racionalidade, destaca Welsch: a pluralidade ou diferenciação, o entrelaçamento de paradigmas autônomos e a desordem provocada pela variedade de elementos. Cf. *Ibid.*, p. 17 ss.

36 *Id.*, 2000, p. 83.

37 Com outro enfoque, mas igualmente voltado à ideia de construção de uma “imparcialidade objetiva” capaz de resgatar análises comparativas da argumentação racional sobre a justiça, Amartya Sen utiliza o termo “razão paroquial” para criticar o excesso tanto das abordagens focadas em reformas institucionais quanto das que se dirigem exclusivamente à mudança comportamental, reforçando a necessidade de uma “dependência mútua” entre elas. Cf. SEN, 2011, pp. 142 ss.

38 Sobre a pluralidade de paradigmas de racionalidade e o envolvimento entre eles WELSCH, 1998, p. 21.

forma sequencial, além de ajustar pontos de acordo e desacordo segundo processos de argumentação reflexiva.

A capacidade de avaliar posições sob o foco da razão construída em processos de interpretação recíproca evitaria, segundo a noção de razão transversal, a imposição de declarações desprovidas de autorreflexão e sujeitaria o discurso racional às mesmas operações lógico-procedimentais da racionalidade. Ou seja, um confronto reflexivo da razão com a alteridade, tais como as oposições entre identidade e diferença; singularidade e multiplicidade; causa e efeito; conformidade e contradição, aperfeiçoando a razão como capacidade lógica.

É sobre esse esforço que Welsch³⁹ sugere o seu conceito de razão transversal, situando a razão nos processos de transição entre um ponto e outro do raciocínio, ao estabelecer relações entre razão e racionalidade. Para ele, a razão opera entre as diversas formas de racionalidade; e as atividades de transição da racionalidade (comparação, oposição, interpretação recíproca e análise consequencial) são o efeito das operações lógicas construídas segundo instrumentos próprios de avaliação. Operações próprias a atuar como intermediárias entre o “*inferno da atomização e as profundezas da totalização.*”⁴⁰

Como as pretensões de autonomia e autodescrição dos diversos sistemas apresentam uma tendência expansiva de suas próprias racionalidades, inviabilizado estaria um metadiscurso abrangente de todos os domínios diferenciados de comunicação que, entretanto, podem desenvolver mecanismos de aprendizado mútuo.

Sob essa ótica, a opção do transconstitucionalismo pelo diálogo entre racionalidades parciais transversais ajusta-se ao modelo de prevenção de corrupção sistêmica no plano das comunicações da sociedade hipercomplexa. Essa é uma dimensão relevante da proposta diante do risco de instalação da corrupção sistêmica no nível estrutural da comunicação da sociedade mundial, cujo efeito impede a consistência de sua autoprodução e põe em risco o fechamento operativo do sistema. Isso caracteriza, por sua vez, a estabilização de expectativas do sentido contrárias à realização do próprio código e, conseqüentemente, a desdiferenciação funcional⁴¹ entre os sistemas.

39 WELSCH, 2000, p. 88.

40 Cf. Id., 1998, p. 27.

41 Cf. NEVES, 2009, p. 44. Sobre o significado da diferenciação funcional na teoria luhmanniana: LUHMANN, 2006, pp. 471 ss; NEVES, 2008, pp. 59-67; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2010,

A ideia consiste em construir “pontes de transição” entre as diversas racionalidades parciais, o que proporcionaria, na linguagem do direito da sociedade mundial, uma alternativa de evitar dois fenômenos inconvenientes para a sua ampla reprodução: a “atomização”⁴² provocada pelo isolamento atávico das ordens estatais em torno de sua própria soberania e a “expansão imperialista”⁴³ de um constitucionalismo global pouco compreensivo acerca de diferenças locais e regionais ou pouco reflexivo sobre seus próprios limites.

Ocorre que, também nas suas fronteiras, a proposta do transconstitucionalismo precisa lidar com duas dificuldades: a primeira é o questionamento sobre se há algum órgão competente para a apreciação de questões envolvendo o entrelaçamento de ordens jurídicas de níveis múltiplos. A segunda está no desafio de encontrar um modo adequado para a leitura interna de decisões tomadas com referência em elementos externos, quando a teoria constitucional e a dogmática jurídica permanecem afirmando a soberania nacional⁴⁴.

Para o primeiro problema, Neves abandona a tradicional fórmula institucionalista de criar um novo órgão sempre que uma nova espécie de conflito é identificada. O propósito de abertura de cada uma das ordens jurídicas envolvidas para o aprendizado mútuo e para o diálogo sem última palavra implica, no plano institucional, em deixar vaga a necessidade de um tribunal que detenha a “competência da competência”⁴⁵, delegando o enfrentamento de problemas constitucionais comuns à esfera de negociação por soberanias compartilhadas, como forma de proporcionar maior legitimidade decisória.

pp. 37-40. Tratei especificamente do conceito de diferenciação funcional no processo evolutivo da modernidade e os critérios de seletividade envolvidos na relação entre a política e a religião em CARVALHO, 2013, pp. 125-128.

42 Cf. NEVES, 2009, p. 45.

43 Cf. *Ibid.*, p. 47.

44 Esse fenômeno é denominado de *tradição constitucional de autossuficiência*. Cf. NEVES, 2009, p. 144, que preserva uma organização vinculada a um *modelo de resistência* e ressalta a necessidade de fazer prevalecer a soberania da constituição frente aos referentes normativos externos que não tenham sido convalidados internamente ou com ela sejam incompatíveis Cf. *Ibid.*, p. 258.

45 Perspectiva semelhante é apontada por Miguel Poiars Maduro ao propor um “direito contrapontual” para a comunidade de estados europeus, acomodando o pluralismo constitucional com a ordem jurídica comunitária, de modo que cada uma das esferas contribua para a relevância do papel da outra, reputando a reciprocidade como fundamental à solidez de ambos os sistemas jurídicos, garantindo a um só tempo, a pluralidade de participação e a legitimidade do direito comunitário Cf. MADURO, 2003, pp. 501-37.

Já em relação à segunda dificuldade, o argumento é trabalhado dentro de uma perspectiva de legitimação decorrente da interdependência entre os sistemas parciais da política e do direito com capacidade de autofundamentação⁴⁶ na sociedade mundial. Ou seja, a partir de pressupostos de diferenciação entre diversas ordens que se veem como partes integradas de um mesmo sistema global, as suas comunicações passariam a ser regidas por coordenação e não mais com base na autonomia soberana. Essa coordenação, por sua vez, prescinde do “primado definitivo de uma das ordens”⁴⁷ ao estabelecer como condição de legitimação o fato de que nenhuma dessas ordens, inclusive o próprio direito internacional público, pode se apresentar como *ultima ratio* discursiva⁴⁸.

Em contraponto à percepção de Dieter Grimm⁴⁹, a obra de Neves coloca-se como uma crítica aguda à tendência manifestada pelos Estados nacionais de permanecerem muito próximos à preservação de uma semântica de soberania, menos aberta ao diálogo transconstitucional e mais relacionada a uma argumentação estratégica ou retórica de referência às demais ordens. Essa postura se caracterizaria pela ausência do comprometimento em estabelecer uma racionalidade transversal complexamente adequada para tratar dos fenômenos de inclusão e exclusão em escala global.

3. O *many minds argument* e o cosmopolitismo constitucional

Os efeitos da fragmentação do direito se fizeram sentir também no plano teórico e prático do debate constitucional norte-americano que, tradicionalmente focado na interpretação e aplicação de seus próprios precedentes, demonstrava uma espantosa indiferença⁵⁰ dos constitucionalistas em relação ao impacto global da ascensão do constitucionalismo e dificultava o reforço de perspectivas comparatistas.

46 Neves refere-se a uma “pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais.” Cf. NEVES, 2009, p. 125.

47 Cf. *Ibid.*, p. 117.

48 Cf. *Ibid.*, p. 237

49 Cf. GRIMM, 2004, p. 1-23.

50 ACKERMAN, 1997, p. 773.

A Constituição norte-americana não define a posição dos tratados e convenções internacionais na hierarquia do seu ordenamento jurídico. A experiência com o descumprimento de tratados entre os estados confederados, um dos principais motivos que impulsionaram a convenção⁵¹, foi compreendida durante os debates que deram origem ao texto constitucional como uma limitação da competência para disciplinar sobre o tema de modo amplo⁵². Historicamente essa foi postura de resistência dos estados, que viam com desconfiança a possibilidade de restarem vinculados por obrigações derivadas de pactos de que não participassem diretamente.

Embora o tema dos tratados não tenha sido regulado em detalhes no texto constitucional⁵³, os artigos federalistas destacaram a importância dos acordos com as nações estrangeiras, especialmente os relacionados à guerra, paz e comércio⁵⁴. Aos tratados também foi assegurada a condição de fonte do direito, a exemplo das demais leis aprovadas pelo Congresso, integrando o conjunto de normas adjudicáveis por todos os juizes da nação, sujeitando-se, contudo, à uniformização por um Tribunal Superior⁵⁵.

A resistência inicial da prática constitucional norte-americana aos ajustes derivados das relações internacionais se fez refletir no baixo número de tratados celebrados nos dez primeiros anos de vigência da Constituição⁵⁶. Algumas particularidades da configuração do modelo institucional

51 Nesse sentido é o *federalist paper* n. 15, escrito por Hamilton ao criticar o sistema confederado como insuficiente para a manutenção da União, sustentando que a efetividade das previsões normativas dependiam sempre de autoridades administrativas locais. Cf. HAMILTON *et al.*, 1989, p. 89.

52 HENKIN, Louis, 1996, p. 175.

53 Há apenas quatro referências aos tratados na Constituição. A primeira (*Article I, section 10*) proíbe que os estados firmem tratados; a segunda (*Article II, section 2*) estabelece a competência do Presidente para celebrar tratados, sob o conselho e aprovação do Senado por dois terços de seus membros; a terceira (*Article III, section 2*) lista os tratados como fonte do direito sujeito à apreciação pelo poder judiciário; e a quarta (*Article VI, clause 2*) situa os tratados, ao lado da Constituição e das leis, como direito supremo a que estão vinculadas todas as instituições e juizes do país.

54 John Jay, no artigo federalista n. 64. Cf. HAMILTON *et al.*, 1989, p. 432.

55 Nas palavras de Madison, no *paper* n. 22: “*The treaties of the United States to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted in the last resort, to one Supreme Tribunal.*” Cf. *Ibid.*, 1989, p. 143.

56 Apenas quatorze tratados com nações estrangeiras foram celebrados nos dez primeiros anos pós-independência (1776-1786), dentre eles três com a Inglaterra para declarar a suspensão da Guerra e definir os termos da paz; e os demais para estabelecer relações diplomáticas e comerciais, sendo dois deles com a Holanda, seis com a França, um com a Suécia, um com a Prússia e um com o Marrocos. E somente outros seis após dez anos de vigência da Constituição (1787-1797). Cf. MILLER, 1931, p. 55-56. Não contabilizados os tratados firmados para definir limites territoriais das áreas pertencentes a tribos indígenas.

adotado são indicadas por Louis Henkin⁵⁷ para explicar as restrições aos tratados: a adoção da forma federativa de Estado, os limites derivados da separação de poderes e a afirmação da doutrina de que sobre as “questões domésticas” não deveria haver influência externa.

E em que pese a ausência do registro da declaração de inconstitucionalidade de previsão normativa dos tratados e convenções internacionais, passados mais de duzentos anos de história institucional, na Suprema Corte⁵⁸ o entendimento de que as regras estabelecidas naqueles instrumentos submetem-se às disposições formais e garantias materiais (*Bill of Rights*) da Constituição consolidou-se desde cedo na jurisprudência norte-americana.⁵⁹

A recepção do direito internacional como fonte do direito *para* os Estados Unidos, mas também *dos* Estados Unidos de longe encerra a complexidade de sua aplicação pelos juízes e cortes. Em um país dividido em 50 unidades federativas, cada uma com cortes de apelação e supremas cortes estaduais, a competência para apreciar questões envolvendo o direito internacional ficou reservada às cortes federais, como definido no precedente *Chisholm v. Georgia*⁶⁰, ainda em 1793.

57 HENKIN, Louis, 1996, p. 185 ss.

58 Cf. *Ibid.*, p. 185.

59 Essa leitura ficou evidenciada no julgamento do caso *Geofrey v. Riggs* 133 U.S. 258 (1890), quando prevaleceu sobre a interpretação da cláusula 2, do Art. VI, de que os tratados poderiam ter equivalência normativa com a Constituição. Especialmente nos votos dos *justices* Field e John Calhoun, ressaltou-se que os tratados não podem autorizar o que a Constituição proíbe. No mesmo sentido, o *dictum* do *justice* Holmes, no caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920): “The language of the Constitution as to the supremacy of treaties being general, the question before us is narrowed to an inquiry into the ground upon which the present supposed exception is placed. It is said that a treaty cannot be valid if it infringes the Constitution, that there are limits, therefore, to the treaty-making power, and that one such limit is that what an act of Congress could not do unaided, in derogation of the powers reserved to the States, a treaty cannot do”.

60 O caso discutia o pagamento de uma dívida contraída ainda na guerra de independência pelo estado da Georgia ao espólio de Robert Farquhar, cujo administrador era Alexander Chisholm, que resolveu processar aquele estado na Suprema Corte. Registrou-se no voto do *chief justice* John Jay a seguinte passagem: “*United States were responsible to foreign nations for the conduct of each state, relative to the laws of nations, and the performance of treaties*”. O caso foi tomado como referência para a edição da 11 emenda, promulgada em 1794, que veda às cortes a jurisdição sobre questões federais: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.” O entendimento de que cabe apenas às cortes federais a jurisdição dos casos envolvendo aplicação de tratado ou convenção internacional foi reafirmado ainda nos casos *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) e *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968), tratando o direito internacional, para fins de adjudicação interna, como equivalente à lei federal. Cf. HENKIN, 1996, pp. 238 e 241.

Larry Backer⁶¹ levanta três peculiaridades do pensamento constitucional predominante nos Estados Unidos como fatores restritivos ao uso de fontes não derivadas do ordenamento nacional. Todas elas são relacionadas à preservação do poder: 1) a centralidade da discussão sobre a legitimidade dos métodos de interpretação como meio de evitar o ‘despotismo judicial’⁶²; 2) a afirmação do direito interno como estratégia na disputa de espaço nas relações internacionais; e, por último, 3) a preocupação com a usurpação do poder de legislar do Congresso.

Essas especificidades contribuíram para a construção do originalismo interpretativo como expressão do apego à fundação da Constituição, além de certo ceticismo⁶³ sobre as possibilidades de fontes normativas internacionais servirem de fundamento para decisões da Suprema Corte.

Mais recentemente, as reações negativas ao uso de precedentes alienígenas provocaram, inclusive, a atuação do Congresso, que propôs a edição de leis proibindo referências a julgados estrangeiros em decisões judiciais nos Estados Unidos. Nesse sentido foram as propostas do “*Reaffirmation of American Independence Act*” (H.R.Res. 97, 109th Congr. 2005) e depois o projeto denominado “*Constitution Restoration Act*” (S.520, 109th Congr. 2005 e H.R. 1070, 109th Congr. 2005), este último prevendo *impeachment* dos juízes no caso de descumprimento.

Entretanto, essa tradição tem sido confrontada com a pretensão de universalidade dos princípios regentes dos direitos humanos, assim como da própria ideia de permanência da representatividade norte-americana como protagonista na promoção desses direitos em nível global. Tais fatores seriam causa de pressões não apenas sobre a política interna e suas instâncias diretamente eleitas, mas atingiria a compreensão do sistema de freios e contrapesos na atividade judicial. Nota-se que as restrições e garantias

61 BACKER, 2009, pp. 149 ss.

62 Nesse ponto específico vale registrar a doutrina do *stare decisis* e o sistema de aplicação de precedentes desenvolvido no *common law* norte-americano, que restringem significativamente os pontos de partida, como arsenal argumentativo, de que se servem as partes e os juízes. Cf. DUXBURY, 2008, p. 113.

63 Essa foi a posição de Mark Tushnet, destacando o legado de Hamilton para quem “a capacidade de estabelecer um bom governo foi reservada ao povo dos Estados Unidos”, logo o conteúdo da Constituição seria prioritariamente determinado pelas considerações políticas de âmbito local e não por conselhos ou recomendações externas. Cf. TUSHNET, 2008, pp. 1473 ss. O autor admite, contudo, a globalização do direito constitucional doméstico, um deslocamento provocado por dois fenômenos: negociações entre organismos não governamentais transnacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Anistia Internacional (*top-down processes*); e pela atuação de advogados nas disputas de mercado no cenário internacional (*bottom-up processes*). Cf. *Id.*, 2009, pp. 985 ss.

estabelecidas externamente passaram a exercer influência também sobre a reprodução interna do direito, exigindo dos órgãos envolvidos a capacidade para lidar com o aumento de complexidade de um sistema jurídico multicêntrico⁶⁴.

Dedicada a tratar dos problemas da hermenêutica constitucional no contexto norte-americano, a obra de Cass Sunstein expõe a necessidade de que os diferentes pontos de vista da sociedade democrática sejam levados em consideração no processo de interpretação da Constituição que, segundo ele, não se restringe ao Poder Judiciário.

Para construir o sentido do *many minds argument*, Sunstein recorre à conhecida divergência entre James Madison e Thomas Jefferson sobre qual a melhor forma de alteração do texto constitucional. O primeiro defendia que as mudanças deveriam estar reservadas às grandes ocasiões extraordinárias, através de um processo formal rigoroso. Já o segundo apontava a dificuldade de vinculação das gerações futuras ao pensamento dos fundadores da Constituição, que deveria ser repensada conforme os valores de cada geração, permanecendo sempre aberta a reformas.

A aparente vitória da posição de Madison, refletida no reduzido número de mudanças formais da constituição, é contestada por Sunstein em função do que ele chamou de “vingança de Jefferson”. O argumento é de que apesar das poucas alterações textuais⁶⁵, as transformações têm sido o resultado de processos mais dinâmicos de compreensão constitucional ao longo do tempo, seja pela mudança de comportamento social ou por julgamentos da Suprema Corte que lhe dão novo sentido.

O autor sustenta que juízes e tribunais ao interpretarem a constituição não o fazem sobre um vácuo de sentido, mas procuram fundamentar suas decisões com base num amplo suporte social. No ponto, Sunstein segue a lógica do *teorema do júri de Condorcet*⁶⁶, segundo a qual a probabilidade

64 A realização do Congresso “Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions”, com um debate entre os juízes da Suprema Corte Antonin Scalia, restritivo à referências estrangeiras, e Stephen Breyer, que as aceita, sob algumas condições (evento realizado pela Washington College of Law, em 2005, <http://www.wcl.american.edu/secl/founders/2005/050113.cfm>), e o crescimento do número de trabalhos sobre diálogos entre cortes e litigância transnacional, como os de SLAUGHTER, 2003 e JACKSON, 2005; exemplificam o aumento da atenção de juristas norte-americanos às práticas judiciais externas.

65 O autor cita como únicas reformas significativas a inclusão do *Bill of rights* em 1789; as emendas que aboliram a escravidão, concederam direito ao voto aos afrodescendentes e mulheres; ampliaram o poder do governo nacional sobre os estados; estabeleceram a eleição direta para o Senado. SUNSTEIN, 2009, p. 2.

66 *Ibid.*, p. 8.

de correção da resposta a uma questão cuja alternativa seja falso ou verdadeiro aumenta proporcionalmente ao crescimento do grupo de indivíduos que possa respondê-la. Isso desde que a regra da maioria seja utilizada e quando parecer mais provável que cada pessoa esteja equivocada.

Para Sunstein⁶⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos dificilmente julga em desacordo com a interpretação constitucional radicada na opinião da sociedade, o que se deve a duas principais razões: uma consequencialista e outra epistêmica.

Quanto ao consequencialismo, destaca que a prudência é um elemento inerente à atividade judicial, cujo objetivo seria o de promoção da paz social. Se uma decisão tem relevância capaz de causar graves repercussões para a ordem social, esses devem ser fatores considerados. Para tanto, Sunstein utiliza-se da metáfora: os juízes devem decidir como acharem adequado, mesmo que os céus venham a cair; entretanto, se a possibilidade de os céus caírem for real, os juízes não devem adotar a solução que concebem como correta.

O segundo argumento é epistêmico no sentido que de não se pode acreditar que o juiz é um ser perfeito e infalível. Em função da falibilidade humana, os juízes são incapazes de oferecer a resposta correta para todas as espécies de questões colocadas a seu exame. Em casos duvidosos, manifestações públicas podem ajudar o magistrado como um importante indício sobre a correção do seu entendimento.

O exercício dessa vertente epistêmica demanda dos magistrados uma sensibilidade que o autor chama de *judicial humility*⁶⁸, e ganha importância sempre que se encontram em jogo questões cotidianamente enfrentadas pela população. Sejam elas relacionadas à moralidade ou ao cotidiano. Isso porque diante de casos primordialmente técnicos ou alheios ao conhecimento da maior parcela dos cidadãos, a tendência seria a de se conferir menor relevo à opinião pública.

Além disso, Sunstein registra que seria relevante averiguar se a crença do povo deriva de uma aspiração legítima e adequadamente informada, ou se ela é apenas o resultado de uma influência tendenciosa sistemática dos meios de comunicação ou dos interesses do poder. Não se devendo esquecer, ademais, que muitos agentes comunicativos participantes da opinião

67 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 31.

68 Cf. *Ibid.*, p. 165.

pública podem apenas estar seguindo a corrente majoritária⁶⁹, sem atentar para as ideologias que movem as posições em jogo. Apresenta-se o pressuposto de que se os indivíduos têm dúvidas sobre determinado assunto tendem a seguir a opinião da maioria.

Tal raciocínio, na visão dele, poderia ser aplicado à interpretação constitucional numa perspectiva comparativa, ou seja, seria mais confiável delegar decisões sobre duvidosas questões morais e políticas a grandes grupos de pessoas do que deixá-las à resolução de um pequeno colegiado de juízes⁷⁰. Em seguida, Sunstein analisa a adequação desse argumento em três correntes interpretativas: o tradicionalismo, o populismo e o cosmopolitismo.

Ao tratar da perspectiva cosmopolita, o autor destaca a crescente atenção que os *foreign precedents* têm recebido da Suprema Corte⁷¹. Sunstein situa o debate sobre a citação de referências externas em torno da divisão do tribunal entre conservadores e liberais, para afirmar a forte resistência dos primeiros diante de uma relativa aceitação do segundo grupo, especialmente em questões sobre direitos humanos⁷², como igualdade e discriminação com base no fator sexual, liberdade de expressão e religiosa.

Um exemplo da divisão entre os *justices* acerca da viabilidade do uso de precedentes estrangeiros está nas posições antagônicas de Antonin Scalia e Stephen Brayer. O primeiro opõe-se⁷³ às posturas comparatistas em defesa do unilateralismo, como representante da *nationalist jurisprudence*. Para Scalia, a comparação seria relevante apenas por ocasião da redação do texto constitucional e não na sua interpretação. Já Brayer⁷⁴ é um explícito

69 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 52.

70 *Ibid.*, p. 10. Argumento semelhante é levantado por Jeremy Waldron como “doutrina da sabedoria da multidão”, resgatando a ideia de soberania da filosofia política de Aristóteles. Cf. WALDRON, 2003, pp. 113 ss e *Id.*, 1999, pp. 88-89 e 160-164.

71 São citados: *Lawrence v. Texas* (2003); *Roper v. Simons* (2005); *Grutter v. Bollinger* (2003); *Printz v. United States* (1997); *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey* (1992); *Foster v. Florida* (2002); *Elledge v. Florida* (1998); *Washington v. Glucksberg* (1997); *Atkins v. Virginia* (2002) e *Raines v. Byrd* (1997). Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 187.

72 Cf. *Ibid.*, p. 188.

73 Nesse sentido foi a sua manifestação no julgamento do caso *Printz v. United States* 521 US 898, (1997) e em *Roper v. Simons* 73 US 4.153 (2005).

74 É exemplo o seu voto no caso *Printz v. US*, quando analisou comparativamente o sistema de controle nacional de armas de fogo no federalismo norte-americano com o exemplo da integração ao direito suíço e alemão do Tratado nº 101 do Conselho da Europa, sobre o tema. Destacando a rejeição dos *founding fathers* a algumas características do federalismo europeu, mas demonstrando que “sua experiência pode, contudo, lançar uma luz empírica sobre as consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum - neste caso, o problema de conciliar autoridade central com a necessidade de preservar a liberdade aumentar a autonomia de uma entidade governamental menor”. Tradução livre.

defensor da utilização de referências externas, considerando o aumento do leque de opções para solução de questões constitucionais comuns, quando ampliado o espectro de comparação.

Também sustentando a necessidade dessa aproximação no âmbito da Suprema Corte, o *justice* Stevens no julgamento *MacDonald v. Chicago*, que versou sobre a proteção da Segunda emenda ao direito de possuir e carregar consigo arma de fogo, observou que desprezar essas referências seria uma boba demonstração de arrogância ao “*pensar que não temos nada a aprender sobre a liberdade de bilhões de pessoas além das nossas fronteiras*”⁷⁵.

Sunstein ainda destaca que Cortes Supremas de outras nações (África do Sul, Irlanda, Israel, Alemanha, Suíça, Áustria, Canadá, Grã Bretanha, Itália e França) regularmente consultam precedentes estrangeiros, em maior ou menor grau, assim como ocorre no Tribunal Justiça Europeu e na Corte Europeia de Direitos Humanos. A proposta se dispõe a analisar como a observação de realidades distintas pode aperfeiçoar os processos de decisão servindo como exemplo de aplicação do *teorema do júri* e da defesa do cosmopolitismo constitucional.

O *many minds argument* é invocado pelo autor como forma de aprendizado constitucional para jovens democracias, cuja ampliação de informações contidas nos julgamentos de nações mais antigas possa contribuir para a consolidação de uma jurisprudência constitucional própria.

Por outro lado, numa postura de fechamento incongruente com a proposta de um constitucionalismo dialógico, ele entende que o cosmopolitismo constitucional seria de menor valia para nações com longa tradição democrática. Como sua análise foca estritamente os Estados Unidos e o grande número de precedentes firmados pela Suprema Corte, Sunstein⁷⁶ destaca que a consulta a julgados estrangeiros apenas tornaria mais complexo o processo de tomada de decisão pela inclusão de elementos externos. Não há, entretanto, uma avaliação das possibilidades de ganho em termos de interpretação da Constituição, especialmente em casos que envolvam a aplicação de direitos fundamentais. Mesmo sendo esse um tema em que a jurisprudência norte-americana apresenta problemas, sendo tomada por outras cortes, inclusive, de contra-exemplo ou anti-modelo⁷⁷.

75 O julgamento discutiu a constitucionalidade do alcance da Segunda emenda aos Estados *MacDonald v. Chicago* 561 US 3025 (2010).

76 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 197.

77 É o caso das categorias de “establishment” e “free exercise”, trabalhadas pela Suprema Corte norte-ame-

Um dos pontos problemáticos dessa abordagem é que essa postura revela a assimetria na abertura para as demais ordens jurídicas. Ela confirma o diagnóstico de Neves de que “*cortes de países fortes na constelação internacional tendem a não sofrer censuras dos tribunais americanos, enquanto de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento não são levados a sério*”⁷⁸. A seletividade com que a disposição para o diálogo recebe apoio no judiciário estadunidense é evidenciada pela rejeição de julgados chilenos, iranianos e romenos, por motivos diversos, em contraste com o acolhimento da análise de precedentes israelenses, franceses e ingleses.

Porém, o argumento de Sunstein perde em complexidade e consistência quando é confrontado, por exemplo, com o produtivo trabalho da Corte sul-africana⁷⁹ em matéria de direitos fundamentais⁸⁰, campo em que tem mostrado relevantes avanços no cenário global.

É claro que a avaliação sobre o atendimento de algumas condições, como a observância do devido processo e a forma de composição das cortes dos países a que se pretende fazer referência marca uma característica importante no desenho de um modelo transconstitucional. Contudo, a carga de seletividade guiada estritamente por interesses geopolíticos ou econômicos na escolha da origem e das fontes do diálogo entre as cortes pode se mostrar especialmente prejudicial ao multilateralismo dessas relações e ao pluralismo de perspectivas a serem consideradas.

ricana para interpretar o direito à liberdade religiosa e a regra de fechamento do comércio aos domingos, e rejeitadas pela Suprema Corte do Canadá. Cf. KLUG, 2000, p. 609. Também nesse sentido: SCHEPPELE, 2003, pp. 296-324.

78 Cf. NEVES, 2009, p. 185

79 O art. 39, I, da Constituição sul-africana de 1996 autoriza expressamente o uso do direito internacional ou estrangeiro na interpretação das cláusulas de seu *Bill of Rights*. O desenvolvimento da argumentação pela Corte, baseada nessa abertura ao direito estrangeiro, tem sido chamada por técnica hermenêutica de “inferência extra-sistêmica” Cf. LOLLINI, 2012, p. 55.

80 Merecem destaque: *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC), que aboliu a pena de morte, e tem sido considerado como modelo para a discussão do tema na Suprema Corte norte-americana (Cf. KENDE, 2006, pp. 241-250), em casos envolvendo acusados portadores de retardo mental - *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) ou menores - o já citado *Roper v. Simmons* (2005); também o julgado *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2005 (3) SA 429 (SCA), aplicou os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação para sustentar a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, cujos fundamentos da decisão foram exaustivamente citados pelo TC português no Acórdão 359/2009, que também reconheceu o casamento homoafetivo; assim como o importante precedente sobre liberdade religiosa e direito a diversidade *Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O.* 2004 CCT 40/03, acerca dos efeitos sucessórios de casamento muçulmano monogâmico e poligâmico.

O risco aqui é o da manutenção de “pontos cegos” quando outras experiências poderiam servir como espelho. Ou mais grave, o recurso aos precedentes jurisprudenciais como instrumento de importação acrítica⁸¹ e desconexa com a realidade constitucional e a complexidade da discussão envolvida. Além da possibilidade de uma instrumentalização puramente retórica das referências, apenas para reforçar uma posição já tomada ou demonstrar uma espécie de erudição, em prejuízo da reciprocidade das premissas que esse tipo de experiência visa proporcionar, reduzindo-a à sua dimensão simbólica.

Fora do campo especificamente judiciário, Sunstein afirma que os agentes do governo, legisladores ou integrantes da Administração Pública, não podem ignorar como outros países têm decidido em questões como segurança nacional, mudanças climáticas, legislação trabalhista, entre outras que envolvam repercussões extraterritoriais.

Embora ainda se possa registrar certa resistência à ampliação da recepção de precedentes estrangeiros no debate constitucional norte-americano, como é o exemplo da posição de Cass Sunstein, alguns autores⁸² têm se dedicado a mostrar como a observação de julgados das cortes de outros países pode contribuir para a formação da dimensão de um constitucionalismo compartilhado⁸³. Essa perspectiva não significa abdicação de institutos do direito doméstico, mas a disposição para a compreensão de experiências constitucionais externas como mecanismo de correção das distorções causadas pela aplicação do próprio direito interno.

81 Cabe observar aqui que a aversão ao risco do “colonialismo” (NEVES, 2009, p. 182) entre cortes norte-americanas pode conduzir ao igualmente indesejável problema do isolamento paroquial do debate e sua consequente infantilização no contexto de crescimento da complexidade de discussões jurídicas globais.

82 É o caso, entre outros, de PERJU (2010, pp. 326-353) propondo a reformulação do constitucionalismo doméstico sob diferentes dimensões normativas atentas à assimetria entre os níveis de liberdade e igualdade, mas orientadas por uma auto-correção responsiva contra o formalismo que oculta àquelas assimetrias e as impermeabilizam através de estratégias retóricas como ocorre, em diversas ocasiões, com os argumentos da ponderação de princípios e proporcionalidade. Também: ACKERMAN (1994, pp. 516-535 e 1997, pp. 771-797); SLAUGHTER (2003, pp. 191-219) e JACKSON (2005, pp. 109-128).

83 Expressão utilizada por James Tully (TULLY, 2008, p. 336), em análise sobre o enfraquecimento da semântica do “poder constituinte” nas nações ocidentais em função do empoderamento de grupos financeiros e militares, e a comparação com as práticas de organização jurídica em países orientais. Tully aponta o diálogo como alternativa para a construção de um modelo “não imperial” de convivência entre democracias constitucionais. Também no sentido propositivo do diálogo como fonte de convergência, sem exclusão das adversidades, Aida Torres (TORRES, 2009, pp. 109-130) mostra vários pontos positivos dessa perspectiva para a resolução de conflitos interpretativos envolvendo disputas de direitos fundamentais entre as cortes europeias, o que, em última análise, contribuiria para o reforço da legitimidade da Corte Europeia de Justiça, preservando o pluralismo constitucional de dimensão continental da União Europeia.

4. Considerações finais

Um balanço entre as duas proposições teóricas mostra um relevante ponto de convergência: o combate ao tradicional formalismo da teoria constitucional em considerar as constituições verdadeiros estatutos que encerram em si o ajuste entre o poder e o direito como resultado de uma escolha soberana com capacidade de vincular diversas expectativas normativas em um dado espaço (territorial e temporal). Essa é uma ideia que tem perdido força como categoria explicativa da reprodução do direito em função da crescente complexidade das relações políticas e jurídicas, seja em nível local, regional ou global.

O modo como as propostas descrevem as características desse movimento de fragmentação da semântica hierárquica e formal da constituição revela, contudo, a distinção fundamental que marca a divisão do envolvimento de ambos os discursos.

Enquanto a ideia do transconstitucionalismo de Neves busca articular a construção de “pontes de transição”, servindo-se do acoplamento estrutural e de racionalidades parciais entre ordens jurídicas distintas, que se disponham ao mútuo aprendizado sem fronteiras, ao levar em conta a dupla contingência⁸⁴ dessas relações; o cosmopolitismo constitucional de Sunstein aposta nas variantes hermenêuticas dirigidas ao texto da constituição como mecanismos de aumento da consistência à medida que mais perspectivas dispõem-se a interpretá-lo (*many minds argument*), inclusive com a contribuição de fontes externas⁸⁵ (precedentes estrangeiros). Porém, o foco de Sunstein no funcionamento do sistema judicial norte-americano o faz recuar a utilidade da aplicação de decisões de outras nações pela Suprema Corte, especialmente aquelas menos visíveis nas relações de poder no cenário internacional.

As dificuldades de abordagem das duas visões também decorrem das pretensões normativas que seus autores deixam revelar. Metodologicamente, a formação de um espectro propício ao desenvolvimento do “diálogo transconstitucional” torna-se refém da abertura espontânea das diversas ordens (estatal, internacional, supranacional e transnacional), sem o que a rearticulação de problemas constitucionais comuns não pode ser alcan-

84 Cf. NEVES, 2009, p. 270.

85 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 188.

çada com vistas à consideração da posição do *outro*. Ou seja, uma auto-fundamentação baseada na disposição para a alteridade quando ausentes uma ordem supraordenada e uma instituição com poder unilateral de coerção. Enquanto a postura do “cosmopolitismo” de que fala Sunstein segue exatamente em sentido inverso: toma aprioristicamente um elemento constitutivo de suas próprias operações internas: o sistema de vinculação de precedentes e a variação quantitativa desses elementos, para negar utilidade à recepção de experiências constitucionais construídas em outras ordens jurídicas.

Esse argumento, assim como a resistência das instâncias políticas dos Estados Unidos, e até de parte da Suprema Corte, mostram limites à asunção da postura francamente aberta das cortes norte-americanas a outras ao redor do globo. Isso indica, por outro lado, que a seletividade em torno dos interesses de ordens mais poderosas reforça a assimetria de tratamento nas relações entre aquele país e os demais, com reflexos na atuação de organizações internacionais e transnacionais.

Nesse sentido, diversos são os exemplos⁸⁶ de atuação estratégica da política externa dos Estados Unidos que concentram poder e preservam interesses em prejuízo de deliberação de cortes internacionais ou da previsão de tratados, quando não atingem diretamente a esfera de soberania de outros países⁸⁷.

A manutenção do modelo de resistência contra a reciprocidade dessas relações, por sua vez, obstaculiza a construção de uma ordem diferenciada

86 Aqui pode ser citada a negativa em assinar o *Protocolo de Kyoto*, que estabelece metas de redução da emissão de gases que provocam o efeito estufa; a rejeição da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criado pelo *Estatuto de Roma*, em 17 de julho de 1998, com competência para julgar genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade; recusa, ao lado apenas da Somália, à ratificação da *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, aprovada pela Assembleia da ONU em 1989; descumprimento reiterado de decisões da *Corte Internacional de Justiça* (Haia) baseadas no art. 36, da *Convenção de Viena* de 1963, da qual os EUA é signatário, sobre a assistência consular a estrangeiros presos em território estrangeiro – executando a pena de morte contra liminares que suspendiam a pena capital até o julgamento (casos *Avena* e *José Ernesto Mendellin*).

87 Registrem-se aqui as recentes denúncias de formação das redes de espionagem comercial e política envolvendo o uso da *internet*, conforme divulgado pelo ex-agente da CIA, Edward Snowden; e a revelação pelo *Wikileaks* de dados sobre a atuação do Departamento de Estado norte-americano ao administrar recursos para treinamento militar com objetivo de promover o golpe de Estado no Paraguai, que derrubou o Presidente Fernando Lugo em 2012; a proibição do avião presidencial da Bolívia, que retornava da Rússia, de sobrevoar os territórios francês, espanhol, italiano e português, e, em seguida, o sequestro da aeronave no aeroporto de Viena (Áustria), durante catorze horas pela *suspeita* de que o voo abrigava Edward Snowden; além dos casos recentes da deposição de Hosni Mubarak, e depois de Muhammed Morsi por uma junta militar no Egito, e a decisão de Barack Obama de invadir a Síria.

de comunicação⁸⁸ que se torne factível no nível estrutural da sociedade mundial, com capacidade de viabilizar duas premissas marcantes da semântica constitucional: a redução dos particularismos de cunho étnico-religiosos impeditivos do exercício da liberdade e a promoção de níveis menos desiguais de distribuição e acesso a bens essenciais, criando espaço para um regime de igualdade complexa.

Se o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito foi o modo pelo qual o constitucionalismo conseguiu se consolidar, mesmo com as conhecidas restrições, no contexto de edificação dos Estados modernos, entendo que o quadro hipercomplexo das relações tecidas na atual sociedade mundial multicêntrica lança um desafio significativamente mais arriscado à autonomia do direito e sua função de promover a generalização congruente de expectativas normativas.

Esse é um quadro que mostra ao sistema jurídico a ausência de uma linguagem capaz de justificar que suas operações não são mais orientadas por um modelo hierárquico, mas que, paradoxalmente, não há condições estruturais nem semânticas adequadas ao seu funcionamento heterárquico, reorientado por entrelaçamentos horizontais. Entrelaçamentos que se mostram até o momento muito escassos e precários e que convivem com a exposição dos valores constitucionais (liberdade e igualdade) aos efeitos destrutivos da expansão irrefletida da economia e das pretensões de concentração de poder não sujeitas a procedimentos fixados por critérios de legitimação, sejam eles internos ou externos aos Estados.

Comparar semelhanças e distinções, como procurei fazer neste texto em relação às duas perspectivas teóricas trabalhadas, dispõe-se a ser uma alternativa ao isolamento em que a teoria constitucional tradicionalmente buscou refúgio, quase sempre para cristalizar conceitos como o de “soberania” e “poder constituinte”. Parece-me que o dilema precisa ser reapropriado sob duas vertentes, cuja escolha revela o próprio modo de compreender a questão.

A primeira é creditar à abertura espontânea das ordens jurídicas distintas ao diálogo o desenvolvimento de uma gramática constitucional para questões comuns, o que dependeria, em alguns casos da relação entre cen-

88 A garantia das possibilidades de comunicação é para Luhmann a principal característica dos direitos fundamentais, cuja função potencial como instituição moderna seria a de reagir contra a desdiferenciação da ordem social. Cf. LUHMANN, 2010, pp. 98-99.

tro e periferia, de uma atitude quase moral de consideração da diferença, sem o que a própria contingência da situação e a variação de possibilidades restariam invisibilizadas. A segunda estaria na criação de condições para que o aumento da complexidade dessas relações possa se converter em conflitos, cujas pautas atinjam graus de generalização capazes de causar pressão por seleção suficiente para forçar a mudança de posturas fechadas ao diálogo.

Finalmente, a opção entre as categorias teóricas do *transconstitucionalismo* ou do *cosmopolitismo constitucional* não trazem consigo respostas ou um roteiro metodológico para a redução dos riscos envolvidos na tomada de decisão. Diante do progressivo aumento de complexidade dos elementos em jogo no tabuleiro político-jurídico da sociedade mundial, antes elas cumprem a função de manter em alerta um pressuposto que poderia muito bem ser resumido na seguinte frase de Emmanuel Levinas: “A minha liberdade não tem a última palavra, não estou sozinho”⁸⁹.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797, 1997.
- _____. Rooted Cosmopolitanism. *Ethics*. v. 104, n. 3, pp. 516-535, 1994.
- BACKER, Larry. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 101-177, 2009.
- BRUNKHORST, Hauke. Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 17, pp. 7-38.
- CARVALHO, Alexandre. Entre Política e Religião: Diferenciação Funcional e Laicidade Seletiva no Brasil. Roma. *Rivista Krypton*, ano 1, n. 1, pp. 123-133, 2013.
- _____. Última Palavra ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial a partir de um julgado do STF Lisboa. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. v. 14, pp. 16389-16411, 2013.

89 LEVINAS, 2011, p. 92.

- CHAKRABARTY, Dipesh. The Climate of History: Four Theses. *Critical Inquiry*, v. 35, n. 2, pp. 197-222, 2009.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno: nascita e crisi dello stato nazione*. Bari: Laterza, 1997.
- GRIMM, Dieter. “Can the ‘Post-National Constellation’ be Re-Constitutionalized?” *TranState Working Papers*, no. 2. Bremen: University of Bremen [original: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”. In: Brenner, Michael; Huber, Peter M.; Möstl, Markus (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 145-67, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John. *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press, 1989.
- HENKIN, Louis. *Foreing Affairs and the US Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.
- JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Havard Law Review*. vol. 119. pp. 109-128, 2005.
- KENDE, Mark. The Constitutionality of the Death Penalty: South Africa as a Model for the United States. *The George Washington International Law Journal*. vol. 38, pp. 209-250, 2006.
- KLUG, Heinz. Model and Anti-Model: The United States Constitution and the Rise of World Constitutionalism. *Wisconsin Law Review*. pp. 597-616, 2000.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- LOLLINI, Andrea. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. *Utrecht Law Review*. v. 8, n. 2, pp. 55-87, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Los Derechos Fundamentales como Institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- _____. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006.
- _____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.
- _____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY,

- G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- _____. The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*. vol. 15, n. 2, 1988, pp. 153-165, 1988.
- _____. *Sociologia do direito*. vol. 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MADURO, Miguel Poiares. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: Neil Walker (org.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart, pp. 501-537, 2003.
- MENDES, Conrado. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo, 2008. 219p. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo.
- MILLER, Hunter. *Treaties and Other International Acts of United States of America*. vol. I, Washington: Government Printing Office, 1931.
- MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará – UNIJUI, 2004.
- MORRIS, Justin & WHEELER, Nicholas. The Security Council's Crisis of Legitimacy and the Use of Force. *International Politics*. vol. 44, pp. 214-231, 2007.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- PERJU, Vlad. Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government. *International Journal of Constitutional Law*. v. 8, pp. 326-353, 2010.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*. New York: Routledge, 2010.
- SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- _____. *Hamlet*. trad. Inarco Celestino. Madrid: Oficina de Villalpando, 1798.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 1, n. 2, pp. 296-324, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Havard Inter-*

- national Law Journal*. v. 44, pp. 191-219, 2003.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. *The Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009.
- _____. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Forthcoming, Social Research*. v. 147, pp. 1-27, 2007.
- TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional theory?. Joerges, Christian; Sand, Inger-Johanne; Teubner, Gunther (orgs.). *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart, pp. 3-28, 2004.
- TORRES, Aida Pérez. *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of a Supranational Adjudication*. New York: Oxford University Press, 2009.
- TULLY, James. Modern Constitutional Democracy and Imperialism. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, pp. 315-338, 2007.
- TUSHNET, Mark. Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*. v. 49, pp. 985-1006, 2009.
- _____. Some Skepticism About Normative Constitutional Advice. *William and Mary Law Review*. v.49, pp. 1473-1495, 2008.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- WELSCH, Wolfgang. Reason and Transition: On the Concept of Transversal Reason. *Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erziehungskultur* 11, Heft 1, 79-91, 2000.
- _____. Rationality and Reason Today. *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*. GORDON, Dane & NIZNIK, Józef (eds.) Amsterdam: Rodopi, pp. 17-31, 1998.

Recebido em 14 de janeiro de 2015

Aprovado em 19 de junho de 2015

O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais

The new CPC and the systematic from precedents: for a critical account of the procedural reforms

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia*

Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto-MG, Brasil e
IBMEC, Belo Horizonte-MG, Brasil

Diogo Bacha e Silva*

Faculdade de São Lourenço, São Lourenço-MG, Brasil

1. Introdução

Com a promulgação do Ato nº 379 do ano de 2009 da Presidência do Senado Federal que constituiu uma comissão de juristas encarregada de elaborar um Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, a academia, principalmente destinada ao estudo do Processo Civil, criou grande expectativa em torno da obra legislativa. Novos e velhos temas tomaram a pauta das discussões jurídicas e políticas em seminários, congressos e na deliberação política dos órgãos legislativos. A apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 deu início ao debate que durou mais de quatro anos nas instâncias políticas até ser transformado na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – com período de *vacatio* de um ano.

A preocupação central que motivou a confecção de um novo Código de Processo Civil é a já envelhecida discussão acerca da morosidade judicial¹.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Advogado. E-mail: alexprocesso@gmail.com.

* Mestre em Constitucionalismo e Democracia, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, Advogado, Membro do IHJ. E-mail: diogobacha@ig.com.br.

1 Como destaca Boaventura de Sousa Santos, “a morosidade judicial tem uma história longa e famosa, acompanhada de um não menos longo e famoso histórico de tentativas de resolução do problema” (SANTOS, 2011, p. 41).

A morosidade judicial tem como causa aquilo que Habermas denomina de juridificação do mundo da vida proveniente do Estado Social², ou seja, o direito é visto como meio necessário para a implementação das garantias de liberdade, positivas e negativas. Tal estado de coisas traz uma sobrecarga aos Tribunais³. O fenômeno do agigantamento (tanto em quantidade quanto em importância institucional e política) do Judiciário não é apenas brasileiro. Aliás, o Brasil demorou para se inserir em tal processo, que tem como marco principal a reconstrução da Europa do segundo pós-guerra⁴.

O crescimento das funções do Estado (com o *Welfare State*) trouxe o aumento das “promessas de bem-estar” traduzidas em “novos direitos”⁵, sociais, econômicos e culturais, o que, por consequência, aumentou as expectativas e, pois, o nível de exigências dos cidadãos para com o Estado. As Constituições que surgiram no período refletem esse diagnóstico, ao passarem a abarcar um leque cada vez maior de temas para além dos chamados direitos “negativos”⁶. Não apenas são previstos novos direitos, mas também meios de acesso a tais direitos, notadamente a ampliação do acesso à justiça e, com isso, dada a dificuldade crescente dos Estados, principalmente a partir do final do século passado, em fornecer tudo o que eles mesmos “prometeram”, projeta-se no Judiciário a satisfação daquelas expectativas.

Some-se a tal quadro a diversificação das formas de demanda face àqueles direitos e a novíssimos direitos (chamados de difusos): ao lado das demandas individuais, cresce a procura por demandas coletivas (abrangendo direitos coletivos e difusos), o que determina uma forma específica do Judiciário lidar; mais recentemente, tem-se visto uma outra forma de demanda, classificada como “serial”, “repetitiva” ou “de atacado” (para diferenciá-la

2 HABERMAS, 2010b, p. 321.

3 No mesmo sentido de Habermas, Mauro Cappelletti leciona que a consequência inevitável de um Estado Assistencial é o crescimento dos poderes legislativo e executivo, donde há uma situação “[...] onde os legisladores e administradores públicos estão, do mesmo modo, atarefados em prescrever regras e programas de conduta, nos campos sempre mais largos da nossa vida, o que nos leva a pensar que, no meio desta selva invasora de códigos, leis e regulamentos, bem pouco espaço resta para uma criação jurisprudencial do Direito. Mas a verdade, segundo o quanto é reconhecido pelos observadores do nosso e doutros países, é diametralmente oposta” (CAPPELLETTI, 2008, p. 8).

4 Por aqui, tal fenômeno apenas se dá a partir da Constituição de 1988. Aí se pode falar em uma “constitucionalização do direito” e em “judicialização da política/politização do judiciário”, etc. Sobre o aumento de demandas do Judiciário daí decorrente ver: BAHIA et. al., 2015.

5 “Novos direitos” ou, na verdade, uma releitura dos direitos individuais numa perspectiva materializante. Sobre isso: BAHIA; NUNES, 2009.

6 Cf. *Ibid.*

das primeiras mencionadas, de “varejo”, para as quais os grandes e tradicionais institutos de processo foram pensados)⁷ ou “de interesse público” (nesse caso, aquelas que envolvem a prestação de serviços ou prestações públicas por parte do Estado ou de concessionários de serviço público)⁸. As demandas repetitivas são o grande desafio para o novo CPC – desafio que o Código tentará enfrentar em vários dispositivos – uma vez que não bastam os mecanismos tradicionais de litigância de varejo e nem os da coletiva para lidar com este tipo de litigiosidade. Há que se pensar em novas formas e novos formatos, com o desafio de que tais estejam em conformidade com a grandeza das garantias e direitos da Constituição de 1988.

As iniciativas para o combate à morosidade processual passam pela criação de mecanismos “multi portas”, que deem ao cidadão a oportunidade (não previamente imposta) de escolha⁹ entre mecanismos judiciais mais complexos ou mais simples (a criação de tribunais especiais para a litigância em massa, a criação de procedimentos expeditos para determinadas causas, a utilização de novas tecnologias de comunicação e informação) e ainda de mecanismos fora do Estado (meios *alternativos* para a resolução dos conflitos), dentre outras¹⁰.

No sistema jurídico processual brasileiro tais meios de combate são facilmente constatáveis com a sequência de promulgação de leis. Em primeiro lugar, a primeira onda de reforma processual buscou implementar procedimentos processuais adequados a tutelar a celeridade processual. Tratou-se da Lei nº 8.952/94 que, dentre as principais inovações, criou o

7 Cf. THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010; NUNES, 2011; NUNES, 2010a; NUNES, 2010b; BAHIA, 2012b, pp. 15-37; NUNES; BAHIA, 2010, pp. 159-180

8 A Litigância de Interesse Público, como tem se desenvolvido nos últimos anos nos EUA, marca um afastamento significativo do padrão processual tradicional, especialmente pela transição de um modelo protagonista de aplicação do direito para um modelo participativo. A “Public Interest Litigation” não foi um fenômeno súbito nem linear. Seu desenvolvimento pode ser descrito através de diferentes teorias que buscam traçar o papel da jurisdição. Os anos 80 foram o marco do seu crescimento e, desde então, várias pesquisas vêm sendo feitas para mapear as demandas e as formas como as mesmas são (ou não) atendidas por advogados particulares e o Poder Público. Renata Gomes mostra que a história e o desenvolvimento do sistema de litigância de interesse público norte-americano podem ser descritos cronologicamente através de seis modelos proeminentes: (i) o primeiro modelo é o de Fuller, denominado “tradicional”, com as características liberais; (ii) o modelo de Chayes de “direito de interesse público”; (iii) o modelo denominado “processo de consulta”, de Eisenberg; (iv) o modelo conhecido como “gerencial”, de Resnik Horowitz; (v) o modelo “transacional” de Rubenstein e Mullenix; e, por último, (vi) o modelo experimentalista de Sabel e Simon (GOMES, 2012).

9 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013.

10 Para um panorama geral, ver SANTOS, 2011, pp. 41 e ss.

instituto da tutela antecipada como forma de garantir a satisfação do direito afirmado pela parte¹¹, inspirada nos *provvedimenti d'urgenza* do Código de Processo Italiano e a tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer. Inúmeros outros atos legislativos visaram dar feições novas a institutos do processo civil: a Lei nº 8.950/94, que deu uma nova sistemática aos recursos tal como embargos infringentes, apelação, agravo e os recursos para os Tribunais Superiores; a Lei nº 8.898/04 que buscou inovar na liquidação de sentença com a extinção do cálculo pelo contador; e também a Lei nº 9.079/95, que disciplinou a ação monitória.

Após, a edição da Lei nº 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual com a competência para julgar as causas de menor complexidade, visando buscar a desburocratização das causas de litigância de massa. Pensou-se que a criação dos Juizados Especiais desafogaria a justiça “comum”, no entanto, o que se percebeu foi um aumento da busca pelo Judiciário facilitada pelas disposições da Lei nº 9.099/95, revelando que havia uma demanda reprimida de (ou de alegações de) violações a direitos que antes não eram levadas ao Judiciário.

Se, de um lado, a criação dos Juizados possibilitou o ingresso daqueles para os quais a “Justiça” era algo intangível e distante – o que contribuiu para a desmistificação da mesma e, quiçá, para uma formação cidadã daqueles –, por outro lado, a massificação dos processos em procedimentos “desformalizados” e a insistência em “conciliações” também são objeto de preocupação sobre até que ponto o acesso ao Judiciário não se torna uma falácia, sempre que a parte, desacompanhada de representação técnica, abre mão de direitos que não compreende. Perceba-se que o problema não está em haver JEC e nem na existência de mecanismos de conciliação, mas no pressuposto de que a conciliação tem de se dar em termos de paridade de armas, de conhecimento motivado de direitos, obrigações e riscos, para que, então, se dê de forma correta.

Em 1996, através da promulgação da Lei nº 9.307, institui-se a arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos de direitos disputáveis com o nítido objetivo de desafogamento do Poder Judiciário que se viu e ainda se vê acobertado de causas. A partir daí, poder-se-ia aproveitar a existência de Câmaras de Arbitragem, portanto, extrajudiciais, sendo que a decisão dada (o laudo arbitral) tem força de sentença judicial.

11 BAHIA et al., 2011, p. 187.

A segunda onda reformista deu-se com a edição das Leis nº 10.352/2001, nº 10.358/2001 e nº 10.444/2002, que cuidaram, respectivamente e principalmente, do reexame necessário, das provas e da execução/efetivação da decisão jurisdicional.

A terceira onda que alterou substancialmente o modo como se via o processo de conhecimento, adotando o sincretismo processual, deu-se com a edição das Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006. Todo esse panorama de alterações legislativas tem um ponto em comum, resolver a chamada “crise do Poder Judiciário”.

É preciso, no entanto, mapear de forma sistemática o que se convencionou como crise do Poder Judiciário. Para Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, a crise pode ser dividida em crise institucional, crise estrutural e crise relativa aos procedimentos. Pela primeira, entendem-se os problemas relacionados à posição do Poder Judiciário na estrutura tripartite dos poderes¹². A segunda, refere-se à falta de agilidade devido à pesada estrutura do Poder Judiciário¹³. O terceiro aspecto trabalhado pelos autores é quanto aos ritos processuais¹⁴.

Veja-se, pois, que as reformas processuais apenas trabalham profilaxias para as crises estruturais e quanto ao procedimento processual. E ainda assim, mesmo quando tratam da crise estrutural, há um direcionamento daquilo que se vai mexer. Acabam-se as férias forenses, alteram-se questões de funcionamento dos fóruns, há um processo de digitalização dos andamentos dos processos e, depois, de adoção mesmo de processos (ou, pelo menos, de procedimentos) eletrônicos. No entanto, pouco ou nada é tratado quanto aos “tempos mortos do processo” ou quanto à sobrecarga de tarefas administrativas e burocráticas que pesam sobre os magistrados ou, ainda, sobre a transformação de varas em órgãos que funcionem sob uma lógica racionalizadora de procedimentos internos¹⁵ – todas estas questões e outras tantas questões estruturais são, há anos, objeto de estudos e propostas, em Portugal, do Observatório Permanente da Justiça¹⁶.

12 SADEK; ARANTES, 1994, p. 37.

13 *Ibid.*, 1994, p. 38.

14 *Ibid.*, p. 40.

15 Sobre estas questões ver: NUNES; BAHIA, 2008.

16 SANTOS *et al.*, 2006.

Por aqui faltam pesquisas e medidas concretas que enfrentem tais problemas. Isso para não falar de questões procedimentais (mas que também dizem respeito ao próprio papel institucional do Judiciário), como os prazos em dobro e em quádruplo para a Administração Pública e a “remessa necessária”.

Quanto à separação de poderes, pouco se tem feito, por exemplo, para inibir a enorme litigiosidade dos poderes públicos, que abarrotam o Judiciário com milhões de ações, normalmente como réus e normalmente discutindo medidas legislativas e/ou administrativas de duvidosa constitucionalidade.

É indubitável que a chamada crise do Poder Judiciário não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Mesmo em democracias consolidadas, como as da França, Inglaterra, Itália e Estados Unidos, criaram-se comissões para buscar soluções em relação ao descontentamento com o Poder Judiciário¹⁷.

Ademais, temos enxergado a crise como algo pernicioso e que precisa ser combatido a qualquer custo, nos olvidando por completo que:

(...) vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu motor propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade¹⁸.

Portanto, temos sempre a esperança de encontrarmos alguma solução mágica que extirpe de uma vez por todas os problemas relacionados à função jurisdicional. Acreditamos firmemente na crença no poder transformador dos textos legislativos e sumulares¹⁹ e, logo, cada vez mais os estudiosos parecem depositar a esperança para a solução dos males processuais na adoção de um sistema precedentalista.

17 SADEK; ARANTES, 1994, p. 34.

18 CARVALHO NETTO, 2004, pp. 281-282.

19 BAHIA, 2012b.

Ora, nosso objetivo é exatamente problematizar o entendimento do que vem a ser um precedente na sistemática do Código de Processo Civil em vigor, bem como a relação com o conceito de decisões vinculantes. Ou seja, pretendemos realizar uma *epoché* sobre a adoção dos precedentes no nosso sistema jurídico processual, até que se tenha bem claro sobre o que estamos tratando e qual é o objetivo de um sistema precedentalista. Súmulas, vinculantes ou não, repercussões gerais, recursos repetitivos, efeitos vinculantes em decisões de controle concentrado de constitucionalidade são institutos com os quais nos tornamos familiares com o dia-a-dia forense e doutrinário, e o Novo CPC lhes aumenta a importância, além de criar novas figuras, como o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, todos no sentido de valorização dos julgados passados como (pretensamente) determinantes nos julgamentos presentes e futuros.

O Novo CPC não apenas lhes valoriza, mas já mostra também o amadurecimento decorrente dos anos de aprendizado a partir de sucessos e erros da forma como os “precedentes” adentraram a prática; de forma que tenta igualmente soluções para problemas já vivenciados, se aproveitando de soluções há muito utilizadas em países de “*common law*” (de onde, afinal, vem o uso corrente dos precedentes).

2. As reformas visando um sistema de precedentes até o momento

Historicamente, a formulação de um sistema de precedentes no Código de Processo Civil revogado de 1973 tinha como origem o trabalho, doutrinário e jurisprudencial, do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal através da criação das súmulas jurisprudenciais²⁰. Como presidente da comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que contava também com os Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, foi dele a ideia e a relatoria da emenda regimental que criou as súmulas no ano judiciário de 1963, cujos primeiros 300 enunciados ficaram sob a sua relatoria²¹.

20 Não descuramos do registro histórico dos assentos da época do Brasil colônia e mesmo imperial ou ainda, dos prejulgados; contudo, é com as súmulas que começa a se desenvolver um “direito jurisprudencial” no Brasil, processo acelerado pelas reformas processuais iniciadas na década de 1990. Sobre o histórico acima referido, ver: BAHIA, 2009b; e VILHENA, 1977.

21 ALMEIDA, 2006, p. 32.

Com efeito, publicados os primeiros enunciados, o próprio Victor Nunes Leal teve a oportunidade de aplicar sua criatura na atividade judicante por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 54.190. Naquela oportunidade, discutia-se a aplicação ou não do enunciado nº 303. O que importa ter presente não é a discussão de fundo, mas a afirmação do Ministro de que: “A súmula foi criada para pôr termos a dúvidas. Se ela própria puder ser objeto de interpretação laboriosa, de modo que tenhamos que interpretar, com novas dúvidas, o sentido da Súmula, então ela perderá sua razão de ser”²². O que Victor Nunes Leal salienta em sua exposição é o fato de que a súmula não tem as mesmas características de um ato normativo e uma das diferenças está, segundo ele, justamente na vedação à interpretação das súmulas, diferentemente das leis.

Em trabalho acadêmico, Victor Nunes Leal deixa expresso que a finalidade da súmula é servir de meio para facilitar e organizar a atividade judicante dos tribunais²³, ou seja, para nada mais se destina o instituto processual do que a servir como uma forma de acesso e consulta para os atores jurídicos do entendimento jurisprudencial em determinadas matérias. Rapidamente, a súmula foi adotada pelo já extinto Tribunal Federal de Recursos, pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais de Alçada de São Paulo²⁴.

O primeiro passo para o desenvolvimento de um sistema de precedentes parece ter sido dado pelo Código Buzaid de 1973 que, inspirado diretamente nas ideias de Victor Nunes Leal, normatizou as súmulas como método de trabalho, através do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC). O referido instituto processual foi normatizado com o mesmo propósito das súmulas, qual seja, facilitar o trabalho de consulta durante as sessões de julgamento²⁵. Bem por isso, o incidente de uniformização de jurisprudência configura-se como discricionariedade do

22 STF, RE 54.190/CE, rel. p/ acórdão Min. Andro Lins, j. 11/05/1964, DJ 24/09/1964.

23 NUNES LEAL, 1982.

24 *Ibid.*

25 A seguinte passagem de Victor Nunes Leal é elucidativa: “Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinham discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento” (NUNES LEAL, 1982, p. 62).

órgão julgador²⁶, suscitado por qualquer juiz ou pelas partes em julgamento de turma, câmara ou grupos de câmaras. Se, acaso, acolhido pelo voto da maioria absoluta dos membros do pleno ou órgão especial do Tribunal é que “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência” (art. 479, CPC/1973).

O precedente no sentido original indicado para as súmulas da jurisprudência não está no sentido de obrigatoriedade ou imposição das suas disposições, já que a finalidade primordial da súmula era servir de método de trabalho para os magistrados e demais atores jurídicos. Na formulação original, precedente indica sim que a súmula terá uma espécie daquilo que Dworkin denomina de força gravitacional dos precedentes, isto é:

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. [...] A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria de implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo²⁷.

Em verdade, a força de atratividade do precedente indica que as decisões anteriores auxiliam e contribuem na formulação de novas regras e princípios de direito extraídos das decisões²⁸. Não tem, portanto, a súmula que resulta da divergência jurisprudencial, força obrigatória definitiva para casos futuros e nem o poderia, é dizer, pretender que, uma vez feita uma súmula, se resolveriam todas as questões afetas a um determinado “tema”, é cometer os mesmos erros que a Escola da Exegese cometeu quanto à “força gravitacional” das leis.

No final da década de 90, com a reforma processual levada a efeito pelas Leis nº 9.139/95 e 9.756/98, os entendimentos acerca de precedente e súmula sofreram uma profunda modificação. É que o mencionado ato normativo atribuía poderes ao Relator dos recursos para que, monocraticamente, negasse seguimento ou, ainda, desse provimento a recurso in-

26 Neste sentido, SILVA, 2000, p. 476. Também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 14.755/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24/02/1997, p. 3.335.

27 DWORKIN, 2007, p. 176.

28 *Ibid.*, p. 175.

terposto quando a decisão recorrida estivesse de acordo com a súmula e jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, no primeiro caso, ou estivesse em confronto com súmula e jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 557, *caput* e §1º-A do CPC/1973; correspondente ao art. 932, IV e V do NCPC). Também, no mesmo sentido, foi o relator do agravo em Recurso Especial e Extraordinário (art. 544, §4º do CPC/73 com a redação dada pela Lei 9.756/98; sem correspondente no NCPC).

Mais do que a eficácia persuasiva, a súmula e a jurisprudência dominante – seja lá o que isso significa²⁹ – têm consequências e efeitos processuais. É inevitável mencionar que as súmulas, a partir desse momento, passaram a não ser mais meramente persuasivas, no sentido de funcionarem como argumento para a formação da convicção do julgador. Mais do que isso, as súmulas, na medida em que ganharam status de obstativas de recursos, passaram a estar na linha do ideário jurídico nacional³⁰ de que o direito poderia sofrer aplicação matemática³¹, sem olvidar que, como texto que é, a súmula possui também variabilidade hermenêutica³².

Em continuação das reformas processuais, a Lei nº 11.276/2006 possibilitava que o juiz *a quo* nem recebesse a apelação se a sentença estivesse em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º do CPC/1973; sem correspondente no NCPC). A intenção, sem dúvida, era fazer com que houvesse uma diminuição do número de apelações interpostas quando a causa versasse sobre questão sumulada. No entanto, não há qualquer pesquisa que indique que, em face da alteração normativa, se haja reduzido o número de

29 “É indeterminado o conceito de jurisprudência dominante e, para aplicá-lo adequadamente, os relatores e os tribunais devem ter a consciência de que inexistente um critério quantitativo que seja suficiente para sua especificação. Nem há qualquer critério objetivo, que possa aplicar-se sempre. Aproximadamente, tem-se como jurisprudência dominante em dado tribunal uma linha de julgamentos significativamente majoritária em seus órgãos fracionários, ainda que não pacífica; a existência de decisões contrárias, ou de votos vencidos, não retira a essas linhas vitoriosas a condição de jurisprudência dominante, embora deva ser levada em conta para a verificação sobre a realidade da prevalência da jurisprudência no sentido majoritário” (DINAMARCO, 2003, pp. 186-187).

30 É o que Lenio Streck denuncia como o horizonte de sentido da dogmática jurídica que ingressa “num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas” (STRECK, 2011, p. 107).

31 BAHIA, 2009b, p. 310.

32 *Id.*, 2012a.

recursos interpostos³³. Vale dizer, se o magistrado não recebia a apelação, poderia a parte interpor agravo, conforme o art. 522, *caput* do CPC/1973 (sem correspondente no NCPC, que mudou profundamente o regime dos agravos e, ademais, não prevê mais juízo de admissibilidade no órgão *a quo* em apelação – art. 1010, §3º)³⁴.

A fissura completa do sentido original das súmulas ocorre com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 que atribui:

Efeitos vinculantes às súmulas do Supremo Tribunal Federal que tenham por objeto a interpretação, a validade e a eficácia de normas constitucionais acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública e desde que sejam aprovadas por quórum qualificado de 2/3 dos membros³⁵.

Apontamos, pois, que as súmulas vinculantes nos levam de volta à velha Escola da Exegese, que acreditava que deduções e subsunções a partir dos textos legitimamente promulgados poderiam resolver os problemas jurídicos futuros³⁶. A súmula com caráter de obrigatoriedade/imposição para outros órgãos do Poder Judiciário e mesmo para a Administração Pública assume a feição de um texto de natureza normativa³⁷. Foram, assim, transformadas as súmulas em discurso de fundamentação ao invés de discurso de aplicação³⁸. Marcelo Cattoni mesmo demonstra, através do exemplo da interpretação feita pelo TST da súmula vinculante nº 4 do STF, o erro em acreditar que súmulas vinculantes poderiam escapar da variabilidade hermenêutica³⁹.

A Emenda Constitucional, ainda, trouxe a chamada repercussão geral da questão constitucional debatida no Recurso Extraordinário como um

33 O que, como dissemos, é um problema recorrente nas reformas: reforma-se sem uma pesquisa prévia; implantada a alteração não há pesquisas de acompanhamento e nem para subsidiar eventual nova alteração.

34 Em verdade, todas as alterações legislativas não advêm de um diagnóstico preciso, nem antes, nem após a reforma. O que há, em síntese, são soluções oriundas de intuições (BAHIA, 2012b, p. 28).

35 Art. 103-A da CRFB/88 regulamentado pela Lei n.º 11.417/2006.

36 BAHIA, 2012a.

37 STRECK; ABBOUD, 2013, p. 57.

38 *Id.*, 2009, p. 9. Sobre a distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, ver: BACHA E SILVA, 2013, pp. 174 e ss.

39 CATTONI DE OLIVEIRA, 2009.

requisito de admissibilidade para o conhecimento do apelo extremo. O recorrente deve demonstrar que a questão versada em seu recurso é relevante economicamente, politicamente, juridicamente ou socialmente de modo que ultrapasse o interesse das partes em juízo (art. 102, §3º da CF/1988 c/c art. 1.035, NCPC)⁴⁰. A regulamentação da repercussão geral pela Lei nº 11.418/2006 institucionalizou a técnica de julgamento por amostragem (art. 543-B do CPC/73). Tal dispositivo agora se encontra nos arts. 1.036 *et seq.* do NCPC, consistindo em que tribunais escolham dois ou mais recursos (RE ou REsp) representativos da controvérsia que versam sobre a mesma temática para que o STF/STJ (conforme o caso) julgue a matéria definindo qual “a solução correta” para a “tese”⁴¹. Por último, a Lei nº 11.627/2008 estendeu a referida técnica para o julgamento dos Recursos Especiais perante o Superior Tribunal de Justiça, acrescentando o art. 543-C do CPC/73 – já no NCPC, o julgamento de RE e REsp repetitivos está unificado nos citados arts. 1.036 e seguintes.

As disposições reformadoras do CPC/1973, a maior parte incorporada ao NCPC, pretenderam valorizar o precedente no sistema jurídico-processual brasileiro; não obstante, tais medidas nos levaram a um incrível distanciamento da *common law* – de onde, teoricamente, se inspiraram. Aqui, acreditamos que precedentes e súmulas servem para resolver os problemas jurídicos de excesso de demandas presentes e vindouras⁴². Lá, os precedentes servem como conexão entre o passado e o presente, principalmente para servir na argumentação jurídica de solução de caos – solução esta (*ratio decidendi*) que pode, por sua força persuasiva, servir de fundamento a partir do qual um novo caso poderá ser julgado⁴³. O estado da arte dos precedentes é muito mais complexo e problemático do que em geral problematiza o senso comum teórico dos juristas.

40 Para uma ampla crítica da transformação do Recurso Extraordinário em questões de interesse público: BAHIA, 2009.

41 É evidente que a própria função dos tribunais superiores acaba por ser corrompida, já que o STF ou o STJ, assim como dos demais tribunais, não criam teses (atribuição que é da academia), mas julgam causas (*Ibid.* p. 366). Tal crítica se mantém face ao NCPC, apesar deste, pelo menos, prever mecanismos de revisão/superação (*overruling*) e de distinção (*distinguishing*) – arts. 1036 e seguintes e outros.

42 Nessa linha crítica, acerca da distinção entre precedente como instituto apto a resolver problemas passados e a súmula como instituto para resolver casos futuros: STRECK; ABBOUD, 2013.

43 DUXBURY, 2008, pp. 1-3.

3. A organização de um sistema de precedentes no Novo CPC

Feitas tais considerações, passemos à análise dos dispositivos do Novo CPC sobre o tema. O precedente judicial, com certeza, foi tema sobre o qual não houve acordo entre as casas parlamentares. É que a Câmara dos Deputados ofereceu substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 em que dedicava todo um novo capítulo a oferecer contornos à temática sem paralelo com a versão original do Senado. O capítulo XV do Livro I, denominado “Das Normas Processuais Cíveis”, dedicou vários dispositivos a tentar solucionar a questão. Os arts. 520 e seguintes traziam um capítulo novo ao CPC: “Do Precedente Judicial”, uma inovação sem paralelos por aqui e que daria curso à tendência de mixagem de jurisdições⁴⁴, que acompanhamos há tempos no Brasil⁴⁵.

44 THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2011, pp. 731-776.

45 Passamos a transcrever todo o texto que, ao final, foi descartado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil do Senado Federal e não consta no texto final enviado à sanção presidencial: “DO PRECEDENTE JUDICIAL Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional; § 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*. § 2º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. § 3º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 4º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 5º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo

Quando o Projeto retornou ao Senado, foi retirado tal capítulo. Tal exclusão, no entanto, não nos exime de analisar as demais disposições normativas que cuidam, de forma direta ou indireta, de indicar o que temos definido como precedente judicial.

Por exemplo, o artigo 489, §1º, inciso V alude que não observa o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais aquela que se limita a “invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Já o mesmo artigo 489, §1º, inciso VI, aduz que também não se considera fundamentada a decisão que “deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ora, salutar que o legislador diferencie precedente de enunciado de súmula, seja vinculante ou não.

É de se louvar o texto do art. 926, §2º, do NCPC ao determinar que “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Segundo o art. 926 do novo diploma processual: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Uma das formas de alcançar isso, segundo o §1º, é que os tribunais devem editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante. Apesar de claro, esse parágrafo é complementado pelo §2º acima citado.

efeitos prospectivos. § 6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 7º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. § 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. § 10. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. § 11. O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial. Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente⁴⁶. É bastante claro (ao menos na *common law* não há dúvidas) que os precedentes significam o princípio e não o fechamento da discussão trazida a juízo.

Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados. Estaremos inventando uma nova forma de legislação advinda de um novo poder, a *juristocracia*, que não apenas viola princípios constitucionais (como a separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), mas que também padece dos mesmos problemas que a crença absoluta na lei: o “problema” da interpretação. Sim, porque, *por mais que se tente acabar com a discussão a partir de um enunciado de Súmula, o fato é que este é um texto e, como tal, possui o mesmo pathos da lei: como não é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação, uma e outra estão sujeitas ao torvelinho da práxis que evocará interpretação.*

As referências sistemáticas do que vem a ser precedente estão no Livro III, “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, Título I, “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”: os arts. 926 e 927 traçam a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência – trazem, na verdade, uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes/jurisprudência. Segundo o art. 927:

Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal

46 NUNES; BAHIA, 2013.

de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As novidades aqui estão em se colocar no rol de “observância obrigatória” as decisões dadas em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), as súmulas (mesmo as não vinculantes) do STF e também as súmulas do STJ e ainda as decisões do Plenário/Órgão Especial a que o julgador estiver vinculado. Erguem-se como vinculantes decisões que antes não tinham tal efeito – exceto o caso do IRDR, posto que este não existia no regime anterior –, o que leva a uma questão interessante: se uma Súmula Vinculante tem a mesma obrigatoriedade que uma súmula “comum” ou até o entendimento do Pleno/Órgão Especial, qual a diferença destes para aquela?

Erram aqueles que entendem que se pode formar um precedente como uma imposição “de cima para baixo” de um entendimento. O que há aí é o uso de determinadas decisões como paradigmas com o objetivo apenas de diminuir o número de ações no Judiciário e/ou acelerar o andamento dos feitos e não exatamente formar a construção de um fio interpretativo contínuo que formaria a história institucional do Judiciário, como disserta, e.g., Ronald Dworkin, sobre o caso americano⁴⁷.

Há que se chamar a atenção para o fato de que o Novo Código de Processo Civil, apesar de trazer um conceito novo para o Direito Brasileiro, o de *precedente*, não define o mesmo. De todo modo, o inciso V do §1º do art. 489 deixa implícita a ideia de que precedente se constitui por meio dos fundamentos determinantes. Dierle Nunes explica essa diferença entre ambos:

a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*⁴⁸.

47 DWORKIN, 2007.

48 NUNES, 2001. Essa previsão do registro correto da *ratio decidendi* a partir dos fundamentos determinantes é mais um reforço à vinculação do precedente (etc.) aos debates, questões e teses que lhe deram origem,

Para uma compreensão adequada dos precedentes, deve-se ainda lembrar que, nos países de *common law*, há precedentes “vinculativos” e os meramente “persuasivos”; a parte da decisão que compõe a *ratio decidendi* compõe o primeiro grupo, a parte que é mero *obiter dictum* o segundo⁴⁹. Garcia⁵⁰ lembra que aqui está também um mecanismo pelo qual juízes nos EUA fogem do precedente: declarar que certa parte da decisão paradigma é apenas *obiter dictum*.

É de se observar que na *common law*, de fato, nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente). Ao revés, aqui o NCPC estabelece, *a priori*, tipos de decisão que são vinculantes e devem se constituir em paradigma para casos futuros, e deve-se ter claro que isso não faz sentido, desde uma doutrina/práxis sobre precedentes em países de *common law*, como procuramos mostrar.

O mesmo se diga sobre a atribuição, via norma infraconstitucional, de caráter (prático) vinculante a todas as súmulas do STF (em matéria constitucional), do STJ (matéria infraconstitucional) e dos Plenários/Órgãos Especiais. Há aí um aumento de competências dos Tribunais sem a devida Emenda à Constituição⁵¹.

A redação do Novo Código deixa clara a possibilidade de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores, bem como a alteração de enunciado de súmula e de tese adotada em julgamento de casos repetitivos desde que fundamentada e observando a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia (§4º do art. 927). Ademais, inclusive deixa aberta a possibilidade da modulação temporal da alteração atendidos os interesses sociais e a segurança jurídica (§3º do art. 927).

uma vez que, na sistemática do novo CPC, tais fundamentos têm de ser o resultado também daquilo que foi produzido no processo.

49 Também contribuem para determinar a autoridade do precedente a posição da Corte que o proferiu (Superior ou não), sua razoabilidade jurídica e até o prestígio do juiz que proferiu a decisão (RE, 1994, p. 9).

50 GARCIA, 1996, p. 40. Ver também BAHIA, 2009, pp. 54-57.

51 Já ensinava Afonso Arinos Melo Franco (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958, p. 73): “Lei que amplia jurisdição de tribunal é inconstitucional”. Mesmo que fosse através de Emenda, de toda sorte seria o caso de se questionar se ela não viola o art. 60, §4º, III da Constituição.

É importante analisarmos as formas pelas quais pode se dar a modificação de precedentes. Há a adoção entre nós dos institutos de *common law* conhecidos como *overruling* (superação) e *distinguishing* (distinção).

O *overruling* pode ser reconhecido tanto em relação às súmulas quanto em relação aos precedentes. Poderá o Tribunal, pelos procedimentos próprios de revisão/cancelamento de súmulas, decidir que houve modificação substancial do entendimento acerca de determinada norma (decorrente de "alteração econômica, política ou social referente à matéria") ou, mais formalmente, que a própria norma foi alterada. Quanto aos precedentes/jurisprudência, pelas mesmas razões poderá ser reconhecida a necessidade de "superação".

A "distinção" ocorrerá quando o órgão julgador, diante de um caso, entender que este possui particularidades que exigem tratamento diferenciado – frente ao que foi dado no(s) caso(s) paradigma. Tal decisão de afastar a incidência do precedente deverá trazer a respectiva fundamentação.

Há uma importante diferença entre a distinção e a superação. Enquanto na distinção o precedente/jurisprudência continua válido, na superação não. A distinção servirá para adequar a aplicação do direito a um caso específico. Salientando, assim, que a aplicação do direito deve levar em consideração todas as circunstâncias fáticas envolvidas no caso. A superação, lado outro, serve como um modelo de evolução do direito, com o sentido de escrever uma história, mantendo a coerência com a história anterior⁵².

Assim, há que se ter um sistema aberto à possibilidade de rediscussão da matéria sob outras bases, a partir de outras teses não avençadas à época. Isso é importante não apenas em razão do cumprimento do contraditório e da ampla defesa, mas também porque possibilita o aperfeiçoamento do próprio precedente, que será enriquecido com novas perspectivas, aumentando o leque de sua incidência no futuro⁵³. Aqui sim se aventa a possibilidade de se considerar uma súmula ou decisão vinculante como parte de uma discussão jurídica que se prolonga no tempo, vale dizer, a interpretação/aplicação do direito é um processo contínuo de aprendizado e desenvolvimento, como dissemos acima. Tal como é marcada nossa sociedade

52 Vale a pena a leitura da tese do *chain novel* de Dworkin (2007) que explica o funcionamento da superação.

53 Há algum tempo publicamos um artigo falando da necessidade de tal ampliação do leque interpretativo quanto à técnica de julgamento por "pinçamento" dos Recursos Extraordinários repetitivos: THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009.

atual, o direito também é um processo dinâmico e complexo que não pode ficar estático e imóvel diante das modificações emanadas das alterações das gramáticas sociais.

Qualquer que seja a hipótese de alteração de entendimentos sedimentados – *overruling* ou *distinguishing* – o §2º do art. 927 permite que no procedimento de rediscussão haja a ampliação/pluralização do debate através da realização de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

Isso é muito positivo, pois mostra que, pelo papel que os precedentes (e outros) irão ter (mais até do que agora) no Novo CPC, a abertura ao debate apenas contribui para seu aperfeiçoamento. Ademais, tais previsões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do *stare decisis*.

Percebe-se que, para que a decisão seja considerada fundamentada (art. 489, §1º), da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedente, súmula, ou norma, precisa haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice*. De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em norma, súmula, jurisprudência, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um *distinguishing* (distinção) ou um *overruling* (superação). Ou seja, a aplicação de precedentes é um processo argumentativo, onde o precedente se torna o ponto de início do debate judicial, jamais tendo o condão de fechar o processo hermenêutico das partes e do julgador.

O art. 1.029 inicia as regras gerais acerca dos recursos extraordinário e especial; seu §1º dispõe como o recorrente deverá proceder quando fundar seu recurso em dissídio jurisprudencial – uma preocupação particularmente importante no novo Código, como mostramos. Pois bem, caso o órgão julgador não admita o recurso com tal fundamento, deverá, de acordo com o §2º, mostrar claramente o porquê da “distinção” feita entre o paradigma e o caso, não bastando alegar “fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes”.

Apesar de referido a questão específica, o dispositivo traz regra que muito ajudará a orientar os profissionais do direito nessa nova forma de lidar com o direito através de precedentes, a saber, que dois casos podem ter hipóteses fáticas diferentes e, no entanto, ser o caso de aplicação de um precedente (etc.) – com as devidas adaptações ao caso, como temos chamado a atenção – apenas podendo ser rechaçada sua aplicação se se mostra que o caso *sub judice* não se adequa à *ratio decidendi* anterior.

No julgamento de Recursos Extraordinários/Especial Repetitivos o art. 1.036 dispõe que caberá ao Relator realizar decisão de afetação que identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento (inciso I). Tal decisão será importante diante do que dispõe o §9º do artigo 1.036, qual seja, a parte poderá demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida no processo em que litiga com aquela a ser julgada no Recurso Especial/Extraordinário, requerendo o prosseguimento de seu processo.

Um pouco mais à frente, o CPC trata do “Agravo em Recurso Extraordinário/Recurso Especial” – recurso cabível contra a inadmissão de RE/Resp (art. 1.042). Em seu §1º, II, é colocado como condição ao conhecimento do recurso que o agravante mostre, de forma expressa, o porquê de o seu caso ser “distinto” do precedente (etc.) em sentido contrário utilizado pelo juízo *a quo* para inadmitir o RE/Resp. Mais uma vez, percebe-se a preocupação do NCPC com a possibilidade de que precedentes aparentemente (*prima facie*) cabíveis no caso possam não ser *adequados* ao caso⁵⁴.

A questão preocupante quanto à sistematização dos precedentes fica por conta das antigas discussões de se utilizar súmulas, jurisprudência ou acórdãos de forma descontextualizada e acrítica buscando o fechamento da argumentação jurídica iniciada com a questão concretamente deduzida em juízo que o Novo CPC mantém. Além da manutenção da possibilidade de os relatores negarem provimento monocrático ao recurso quando a decisão objurgada estiver em conformidade com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF e pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (art. 932, IV), ou de dar provimento, assegurada a apresentação de contrarrazões, quando a decisão estiver em confronto com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF e STJ em recursos repetitivos e entendi-

54 Cf. GÜNTHER, 2000.

mento firmado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (art. 932, V), o Código inova no art. 332 com a hipótese de súmula do STF e do STJ, acórdão do STF e do STJ em recursos repetitivos ou entendimento em incidente de assunção de competência e de resolução de demanda repetitiva serem fundamentos suficientes para o julgamento liminar de improcedência – indo além do que dispunha o art. 285-A do CPC/1973. Há um término fulminante e prematuro da discussão jurídica trazida apenas com suporte em enunciados abstratos, como se pudessem *a priori* determinar a solução de um caso. Tal hipótese, segundo nos parece, ofende frontalmente o devido processo legal. Eis porque, aqui, estamos sempre o mais do mesmo em matéria de precedente.

4. Problemas teóricos e práticos das reformas e do novo CPC frente à *common law*

Diferentemente do que açodadamente alguns teóricos preconizam⁵⁵, as reformas legislativas ocorridas no vigente Código de Processo Civil de 1973, bem como a sistemática no Novo CPC, não correspondem de forma alguma à estrutura de aplicação de precedentes tal qual ocorre nos EUA ou no Reino Unido.

Consoante apresentamos em outro texto, nosso sistema precedentalista se afasta da *common law* e, porque não dizer também, da *civil law*. Criamos, assim, uma *differánce* no sentido derridiano no sistema processual⁵⁶. Preve-mos um modo particular de entender e aplicar o precedente.

Poderíamos, assim, problematizar nosso sistema precedentalista a partir de uma perspectiva histórica, filosófica e prática, sempre levando em conta o modelo de precedentes da *common law*.

Historicamente, os precedentes na *common law* nasceram da prática jurídica da Coroa inglesa de conceder *writs* ou ordens sumárias da Coroa para os *sheriffs*, que seriam os representantes da Coroa nos vilarejos. Os *writs* eram invocados pelas partes que requeriam, perante a jurisdição da Coroa, a emissão de ordens sob a alegação da existência de um “costume imemorial do reino”. Por isso é que, a bem da verdade, os costumes não

55 Por todos, a conhecida doutrina de Luiz Guilherme Marinoni que acredita na nossa aproximação total ao *common law*: MARINONI, 2010.

56 BACHA E SILVA, 2014.

precisavam ser comprovados, devendo-se considerar que a maioria das discussões travadas eram questões jurídicas inéditas. A frase definidora do desenvolvimento histórico da *common law* é *remedies precede rights*⁵⁷, ou seja, a questão jurídica substantiva é definida pelos tribunais que têm, por isso mesmo, uma função criativa de desenvolvimento do direito.

O desenvolvimento do precedente na *common law* deve-se, assim, à prática dos chamados *common lawyers*, os litigantes práticos que, sem serem formados nas universidades europeias que ministravam o direito romano, tinham como principal função demonstrar aos tribunais que já teriam julgado determinado caso em determinado sentido, facilitando o êxito na causa.

Nosso sistema processual precedentalista, ao revés, tem sua história ligada diretamente aos assentos da Casa de Suplicação. A Casa de Suplicação era o Tribunal de última instância, instalado na Metrópole para o julgamento das causas de apelo e agravo em terceira instância. Instituído nas Ordenações Filipinas de 1603 de Portugal, os assentos da Casa de Suplicação seriam tomados a partir de alguma dúvida que os próprios desembargadores tivessem acerca da aplicação da ordenação. O entendimento tomado pela Casa de Suplicação não deixará mais dúvidas⁵⁸.

A Lei da Boa Razão de 1789 estipulou que os assentos da Casa de Suplicação tinham força de lei e que os julgamentos fossem realizados de acordo com as leis gerais e depois pela jurisprudência da Casa de Suplicação. Os assentos, assim, passaram a ter força equivalente à lei⁵⁹. Uma dúvida surgida na interpretação da lei levava rapidamente à obrigatoriedade do entendimento firmado pela Casa de Suplicação, sem maiores debates e discussões sobre se a interpretação era acertada ou não. Apenas isso, uma imposição de cima para baixo acerca de uma determinada interpretação.

Veja-se, pois, a diferença do processo de formação da compreensão do que seja um precedente na *common law* e em nosso sistema processual. No nosso caso, os assentos nascem como “uma prescrição e não um juízo, compromete normativa e universalmente a uma ordem jurídica instituindo um *status* jurídico, predeterminante da aplicação futura, a um certo

57 GILISSEN, 1995, pp. 210-211.

58 BACHA E SILVA, 2013, pp. 161-162.

59 BAHIA, 2009, pp. 88-89.

problema jurídico-social⁶⁰. Os assentos por aqui têm força prescritiva, de ordem e não a força argumentativa que só acontece com o precedente na *common law*⁶¹.

A compreensão do precedente na *common law* assume uma característica argumentativa. Isto é, os advogados utilizam os precedentes selecionando-os criteriosamente, discriminando-os e explicando-os através de analogia com seu caso. A engenhosidade dos advogados na *common law* consiste na apresentação de precedentes análogos do caso que patrocina, de forma a justificar a decisão favorável⁶². Interessante observar que a citação dos precedentes análogos, bem como os precedentes desfavoráveis, não é considerada determinante para o caso. Eles só permitem a justificabilidade jurídica da decisão. Jamais a vinculação de um precedente será independente da força ou validade dos argumentos justificatórios apresentados no caso anterior⁶³.

Daí, se pode ver uma imensa diferença entre a utilização do precedente no nosso sistema processual e na *common law*. Aqui, utilizamos não decisões judiciais completas, mas meros verbetes, ementários jurisprudenciais ou, ainda, ementas de acórdãos. As ementas são resumos dos julgamentos com a elaboração de termos mais gerais quanto possíveis e os verbetes jurisprudenciais são enunciados de duas ou três linhas⁶⁴. Ora, os resumos dos julgamentos elaborados nas ementas servem como catalogação da decisão, uma facilitação ao acesso à informação nela contida. A consequência da utilização da ementa jurisprudencial como se fosse o precedente em si é que os aplicamos descontextualizados do caso em que foram aplicados, isto é, as individualidades do caso e dos fatos à luz do qual a decisão jurídica individualizada foi criada são deixadas de lado e o que importa é perquirir os conceitos que trazem as ementas. Criamos, assim, um modelo de aplicação *a priori* do direito, um modelo no qual aceitamos que as essências e abstrações das ementas jurisprudenciais são suficientes para a criação da norma jurídica individualizada⁶⁵. Nessa medida, utilizamos o precedente

60 NEVES, 2008, p. 359.

61 Em Portugal, os assentos de observância obrigatória tiveram a inconstitucionalidade declarada no Acórdão nº 810/1993 do Tribunal Constitucional.

62 MACCORMICK, 2006, pp. 162-163.

63 *Ibid.*, p. 175.

64 RAMIRES, 2010, p. 49.

65 *Ibid.*, p. 54.

não como modelo argumentativo para ser aplicado analogamente, mas sim como *standards* de aplicação jurídica, tal qual um ato normativo.

Estabelecemos, dessa forma, um modelo de precedentes como regras prescritivas, isto é, há generalizações descontextualizadas e cujas palavras utilizadas no julgamento independente das circunstâncias em que fora aplicada a decisão⁶⁶. Neste modelo, o precedente aparece completamente alheio às individualidades e às razões justificativas do caso anterior que permitiu a decisão naquele sentido.

Difícil concordar com as conclusões de Frederick Schauer de que é a fonte ou o próprio *status* do precedente que lhe confere autoridade e não o conteúdo ou o grau de persuasão do raciocínio incorporado⁶⁷. Se tal fosse o caso, impossível dizer que um juiz de uma corte inferior ou primeira instância pudesse realizar um *distinguishing* sobre uma decisão de uma corte mais alta.

A questão é que o precedente na *common law* constitui o princípio, o ponto de partida da discussão jurídica travada nas esferas judiciais. Enquanto na *civil law* a legislação é que constitui o ponto de partida, na *common law* o precedente é um *topoi* argumentativo – se bem que dos mais importantes – que é utilizado pelas partes para mostrar seu caso à melhor luz⁶⁸.

Não é desprecioso afirmar que uma aplicação legítima do Direito de forma imparcial, segundo Klaus Günther, demanda uma justa e igual consideração de todas as características do caso particular, levando em consideração todas as normas válidas aplicáveis ao caso⁶⁹. Ademais, a modificação do direito por ele mesmo é parte de um projeto que leva a sério o fato de que a mudança é própria de uma autorrealização política do próprio direito no sentido de que há uma enunciação de um direito existente de forma mais acurada, ou, como quer Dworkin, à sua melhor luz⁷⁰.

66 MAUÉS, 2012, p. 613.

67 SCHAUER, 1987. Também o seguinte artigo: Id., 2007, p. 382.

68 “Na discussão do caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter efeito vinculante] milita a seu favor, por isso, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual, autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso heurístico” (ABBOUD, 2012, p. 521).

69 GÜNTHER, 1995, p. 43.

70 DWORKIN, 1997, p. 15.

Da forma como instituído e desenvolvido nosso sistema, desde ao menos a instituição das súmulas no Supremo Tribunal Federal passando pela normatização da súmulas uniformizadoras da jurisprudência no CPC de 1973 até as Súmulas Vinculantes e o modelo no novo CPC, o precedente é visto como fim da discussão jurídica, isto é, servem o precedente, as ementas jurisprudenciais não como princípio da discussão mas para terminar a discussão jurídica levantada pelas partes.

O precedente como princípio, além de visualizar o próprio como início da discussão, deve permitir ao julgador a tarefa de encontrar os fundamentos que determinaram aquela decisão e, ainda, se há outros princípios relevantes no ordenamento que possam ser levados em consideração no caso presente⁷¹. Ainda, além de encontrar o fundamento e os possíveis princípios coerentes com o caso, o precedente significa que a parte possa argumentar que o caso anterior é diferente em aspectos substanciais do caso a ser julgado. Assim,

diante da situação em que a parte alega que seu caso é diferente, o juiz deve, em primeiro lugar, identificar se há algum princípio no ordenamento jurídico que fundamente os argumentos apresentados pela parte. Posteriormente, cabe perguntar qual solução do caso é a mais coerente: se aquela que se baseia no princípio que justifica o precedente ou aquela que se baseia no princípio que fundamenta a alegação da parte⁷².

Por isso que, em contraste com a sistemática de aplicação dos precedentes em nosso ordenamento, na *common law* em momento algum o precedente ou jurisprudência serve para liquidar a discussão travada no caso concreto. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte dá um tratamento ao *stare decisis* como um comando flexível e independente da linha liberal ou conservadora que segue a corte ou o pensamento jurídico em geral⁷³.

71 A questão é bem ilustrada por Antônio Maués: “De acordo com a coerência de princípio exigida pela integridade, a aplicação do precedente depende de que seu fundamento seja adequado àquele caso particular e não entre em conflito com outros princípios. Assim, na interpretação dos precedentes, o juiz deve estar atento às circunstâncias do caso a fim de identificar se há outros princípios, além daqueles que aproximam a situação atual e o caso anterior, relevantes para sua solução” (MAUÉS, 2012, p. 618).

72 *Ibid.*

73 TRIBE, 2000, pp. 243-245.

Mesmo no caso de simplesmente seguir um precedente, é preciso aprendermos com a *common law* que “[a]pplying precedents requires interpreting them, interpreting them frequently entails modifying them, and modifying them often entails extending or contracting them. Consequently many cases may be weakened, but without being formally overruled”⁷⁴. Ou seja, mesmo na simples hipótese de aplicar um precedente, invariavelmente teremos que interpretá-lo e, interpretando-o, modificaremos seu âmbito de aplicação, mesmo sem formalmente superá-lo.

As decisões vinculantes, súmulas e até mesmo as decisões proferidas no incidente de resolução de demanda repetitiva do Novo CPC não permitem que o juiz possa modificar a extensão do julgado. A aplicação feita de forma mecânica e distante do caso particular enfrentado pelo julgador não é compatível com as problematizações, argumentações e debates das partes no caso concreto.

Nosso sistema de precedente apresenta uma norma jurídica que se pretende pronta, acabada para ser aplicada ao caso concreto.

Conforme alerta Michele Taruffo em relação ao precedente no sistema processual italiano, que pouco difere de nossa realidade, a escolha dos precedentes parece seguir um critério quantitativo, isto é, há um emprego casual e desordenado de jurisprudência escolhida sem critério algum. Quando, ao reverso, o emprego do precedente não implica na lógica quantitativa, mas sim qualitativa⁷⁵. Isto é, segue-se um precedente não por ele ter uma quantidade de julgados em mesmo sentido, mas sim pelo fato de que sua força gravitacional, para dizermos com Dworkin, atrai os casos parecidos ou análogos que demandam solução também análoga⁷⁶.

5. Proposições para uma correta compreensão de um sistema de precedentes

Nossa práxis processual tende a compreender que o precedente tem como objetivo, apenas, a redução do número de processos que discutem determinada matéria. Há uma intrínseca relação entre o problema das referidas

74 GERHARDT, 2008, pp. 34-35.

75 TARUFFO, 2014, pp. 9-19.

76 Veja-se que tivemos o cuidado de não dizer que as soluções são iguais. Acreditamos, pois, que uma decisão jamais será igual a outra. O levantamento das próprias circunstâncias fáticas que envolvem um caso e outro impedem que uma decisão seja idêntica a outra.

demandas repetitivas e o pressuposto de que a formação de um precedente se tornará a panaceia para os males do Poder Judiciário.

Não se deve olvidar que o processo é instrumento que viabiliza a obtenção/reconhecimento de direitos fundamentais⁷⁷, cujas respostas às violações não dependem de números, e sim de um aspecto qualitativo. Assim, sendo o processo instrumento/garantia de efetivação de direitos fundamentais, os precedentes devem ser formados e aplicados a partir desse parâmetro⁷⁸.

Quando os já mencionados arts. 926 e seguintes enunciam aquilo que servirá como norte geral dos precedentes judiciais, há que se pontuar que a uniformização da jurisprudência não significa que aos Tribunais Superiores será facultada a monopolização da mesma. Ou seja, é inadequado pensarmos que, a pretexto de uniformizar, os Tribunais Superiores monopolizem a aplicação do direito⁷⁹; daí a preocupação da Lei nº 13.105/2015 com a “distinção” e a “superação”. Nessa medida, não podemos jamais estabelecer que os Tribunais Superiores possam enunciar a “resposta correta” do direito. Aliás, admitir que o precedente estabelece a *posição correta* do direito é ir de encontro ao projeto democrático que nos anima, de uma sociedade e também um Poder Judiciário plurais e sempre abertos.

Até mesmo aqueles incautos leitores de Dworkin que parecem ter compreendido mal sua ideia de “resposta correta”, surpreenderam-se com obra recente em que o mesmo explica que não há uma interpretação final e definitiva do direito. O que importa, afinal, é a atitude que o intérprete deve ter de sempre buscar a resposta correta ou a resposta à melhor luz do direito⁸⁰. Bem por isso, tomando como guia as lições de Dworkin, o precedente jamais será uma discussão pronta e acabada. Este é um pressuposto para o correto entendimento do regramento normativo do precedente no novo CPC.

A estabilidade de um precedente ou jurisprudência não significa que as mudanças devam ser má vistas. A questão não é se e quando um entendimento é modificado. O problema se afigura na forma como ocorre a modificação. É que, por mais que formalmente a modificação deva partir do mesmo tribunal que sedimentou, a grande verdade é que uma modi-

77 NUNES, 2011.

78 Id., 2012, p. 263.

79 Nesse sentido parece apontar Daniel Mitidiero (2013, p. 107). Ao contrário, conforme nos ensina Marcelo Cattoni, em relação ao Supremo Tribunal Federal, aplicável aos demais órgãos jurisdicionais, não se pode, a pretexto de interpretar, monopolizar o direito (CATTONI, 2004, p. 142).

80 DWORKIN, 2010, p. 82.

ficação do entendimento pode começar a ser discutida a partir de outros órgãos que enxergam a necessidade decorrente das modificações não só da interpretação jurídica, mas também a modificação das próprias relações sociais que deram azo ao precedente. Salutar, nessa medida, é a inserção da possibilidade do tribunal que sedimentou o entendimento ouvir pessoas, entidades de classe ou órgãos acerca da superação do precedente (§2º do art. 927, NCPC). Melhor, ainda, seria se os tribunais, ao utilizarem essa faculdade, ouvissem os tribunais e juízes acerca da forma como eles vêm interpretando o precedente. Tal ato contribuirá em muito para uma superação democrática do precedente.

A integridade e a coerência da jurisprudência implicam em considerar o histórico do entendimento sedimentado, seja no próprio âmbito do Tribunal Superior, seja pelas interpretações que vêm dando os tribunais inferiores. Já que, conforme salientamos, não há um marco zero na interpretação, os precedentes devem ser formulados orientados pela interpretação que vem sendo feita, pela aplicação da tese jurídica dada pelos tribunais inferiores. Essa hipótese ajuda para uma formação democrática dos precedentes e não uma imposição arbitrária de cima para baixo de um entendimento acerca de determinada tese.

Ademais, nossa práxis jurídica tende sempre a solapar o debate que ocorre nas instâncias inferiores. A sistemática de suspensão dos processos, presente no incidente de resolução de demanda repetitiva e nos recursos extraordinário e especial repetitivos, é medida que pode criar embaraços para a sadia formação e o desenvolvimento do precedente judicial ao se “cortar”, artificialmente, o debate. Veja-se, por exemplo, a determinação de suspensão de todos os processos que discutiam o afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas do FGTS feita pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.381.683/PE. Com efeito, sabe-se que tal causa foi pouco debatida pelas justiças inferiores e, já na primeira oportunidade, o STJ determinou a suspensão dos processos e impede a discussão jurídica por cortes inferiores⁸¹.

A integridade e a coerência dos padrões decisórios elencados pela novel disposição do Código não pode ser entendida apenas como uma deter-

81 O argumento utilizado pelo Min. Benedito Gonçalves é de que existem mais de 50 (cinquenta) mil ações dessa espécie em andamento pelos tribunais pátrios. Trata-se de exemplo de padronização decisória preventiva (ou jurisprudência defensiva), na qual o objetivo é apenas e tão somente evitar a profusão das demandas.

minação para que os tribunais que deverão formá-los deem interpretação condizente do direito aplicado ou que confirmem uma hermenêutica adequada aos princípios de moralidade política que justificam nossas práticas jurídicas. É preciso mais. Uma postura democrática e constitucionalmente adequada (fincada no debate, no contraditório substancial como direito de influência e não-surpresa⁸²) é cobrada dos Tribunais Superiores, da mesma forma que de qualquer outro juízo/Tribunal.

Nessa esteira, devem os Tribunais Superiores, por mais que tenham a nobre função de guardar a Constituição ou a lei federal, evitar formar um entendimento a partir do julgamento de um ou de poucos recursos. O esgotamento discursivo do objeto do julgamento deve ser o requisito necessário para a formação e sedimentação de um determinado entendimento. Jamais nos países que levam a sério os precedentes se vê a formação de um precedente a partir de um ou poucos recursos⁸³. Em geral, a formação de um precedente leva anos. O processo de maturação da tese jurídica nas esferas jurisdicionais não é algo que pode acontecer com uma velocidade tal que não permita aos julgadores enxergarem todos aspectos relevantes do caso.

Conforme aprendemos com Klaus Günther e Jürgen Habermas, uma decisão judicial só será democrática, ou seja, só satisfará as pretensões de legitimidade material e correção formal, se todas as possíveis hipóteses e circunstâncias forem levadas na devida conta⁸⁴. Dificilmente apenas alguns recursos representativos da controvérsia, escolhidos pela técnica de pinçamento, poderão prever todas as circunstâncias concretas que envolvem a aplicação de uma determinada tese jurídica. Admitir que isso seja possível é permitir que a função judiciária se transforme em um exercício de *futurologia* e não um órgão competente e capaz para resolver problemas jurídicos concretos deduzidos pelas partes.

Em conclusão, o pressuposto teórico que deve permear a aplicação dos precedentes judiciais no novo CPC deve ser a existência e a consolidação de um Estado Democrático de Direito que ampara e protege as pretensões jurídicas de seus cidadãos. Amparar e proteger as pretensões jurídicas somente pode significar que o caso de um cidadão seja analisado como único, envolvendo suas circunstâncias históricas, sociais e econômicas.

82 THEODORO JUNIOR; NUNES, pp. 107-141, 2009.

83 NUNES, 2012, p. 263.

84 GÜNTHER, 1995, pp. 36-54; HABERMAS, 2010a; Id., 1994.

Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Direito jurisprudencial*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009a.
- _____. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009b.
- _____. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012a.
- _____. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 15-37.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O Potencial Transformador dos Direitos "Privados" no Constitucionalismo Pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*, v. 882, p. 45-60, abril 2009.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; NUNES, Dierle; GOMES, Renata Nascimento (orgs.). *Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Download gratuito disponível em: <<http://migre.me/riVkp>>.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). In: *Quinze anos da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: RT, 2003.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. A Conferência Mccorkle de 1984: as ambições do direito para si próprio. *Veredas do Direito*, v. 4, n.º 8, pp. 9-31, Julho-Dezembro de 1997.
- _____. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, v. 734, pp. 40-47, dez. 1996.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Renata Nascimento. *Direito americano: uma abordagem da litigância de interesse público*. Pouso Alegre, 2012, 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas.
- GÜNTHER, Klaus. Legal Adjudication and Democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*. Essex: Blackwell Publishers. v. 3, n. 1, April/1995, pp. 36-54.
- _____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n.º 6, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010a.
- _____. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Trad. Ciaran P. Cronin. Cambridge: The MIT press, 1994.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010b.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, 8(2), p. 587-624, jul./dez 2012.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.
- NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010a;

- _____. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 61-96, 2010.
- _____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, setembro 2011.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79. Abr./Jun. 2013.
- _____. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER, Freddie. *Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial - 2a série*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 7-13, abr. 1994.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Poder Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*. 1994, p. 34-45.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (et al.). *A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário*. Coimbra: Observatório permanente da justiça portuguesa, Universidade de Coimbra, 2006.
- _____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, Vol. 24 [2007], Iss. 2, Art. 6.
- _____. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, p. 571-609, Feb., 1987.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermênutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, MACHADO,

- Felipe Daniel Amorim (orgs.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamúdio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. México: Unam, 2008.
- _____. La Jurisprudencia entre Casuística y Uniformidad. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n. 2, diciembre 2014, p. 9-19. Disponível em: <<http://migre.me/rjUts>>.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, fevereiro 2009.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, novembro 2010;
- _____. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Volume IV*. SP: RT, 2011.
- _____. Litigância de Interesse Público e Execução Comparticipada de Políticas Públicas. *Revista de Processo*, v. 224, p. 121-152, outubro de 2013.
- _____. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, n. 177, p. 09-46, Novembro 2009.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: New York Foundation Press, 2000.
- VILHENA, Paulo E. Ribeiro. Os Prejulgados, as Súmulas e o TST. *Revista de Informação Legislativa*, a. 14, n. 55, jul./set. 1977, p. 83-100.

Recebido em 16 de junho de 2015

Aprovado em 13 de julho de 2015

Mediação policial, segurança pública e segurança humana: uma abordagem reflexiva

Police mediation, public security and human security: a reflexive approach

Aline Chianca Dantas*

Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

Este trabalho visa a discutir as nuances da mediação policial, tentando perceber sua importância dentro do sistema penal e estatal, suas falhas e dificuldades de implementação, além de buscar debater se esse instrumento tem o condão de realmente promover a humanização da segurança pública, ou seja, tornar o indivíduo o cerne das preocupações e valorações.

Para isso, são analisadas as premissas da segurança pública brasileira, do sistema policial e a conexão com a figura do Estado; em seguida, são apresentadas as críticas e as tentativas de reforma do setor de segurança, revelando as implicações para o Direito e para a segurança pública, no sentido de se pensar a segurança de maneira mais abrangente.

Nesses termos, é utilizada a teoria da segurança humana, com intuito de ressaltar o papel do indivíduo e as preocupações amplas de segurança, para além da simples repressão da violência física direta. Dessa forma, apresenta-se um quadro comparativo entre a segurança pública tradicional e a segurança pública humana, além de serem ressaltados apontamentos teóricos em torno do assunto.

* Doutoranda em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UNB), Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Graduada em Relações Internacionais pela UEPB e Advogada. E-mail: alinechiancadantas@gmail.com.

Assim, no tópico específico sobre mediação, é discutida a linguagem desse procedimento, referendando o porquê de se trabalhar com essa forma de resolução de conflitos frente ao direito formal. Posteriormente, detalha-se a mediação policial e as diversas problemáticas que estão no seu entorno, discutindo como essa prática está inserida dentro do sistema de política criminal estatal liberal e revelando alguns casos práticos de sua aplicação.

Ainda, analisa-se a relação entre a mediação policial e a segurança humana, percebendo as implicações da sensação de segurança refletidas por essa forma de resolução de conflitos, bem como a situação da vítima e a relação entre Estado e sociedade. Após o delineamento dessas discussões, pretende-se debater se a mediação policial pode ou não ser compreendida enquanto uma prática que promove a humanização da segurança pública.

Dessa maneira, a metodologia utilizada no trabalho fundamenta-se em pesquisas bibliográficas sobre o tema, a fim de realizar uma análise exploratória em torno da relação entre a mediação policial e a segurança humana e de instigar o uso de tal prática, mas sem perder de vista a análise crítica sobre o assunto.

Portanto, o estudo que aqui se objetiva realizar tem como cerne referendar um movimento reflexivo amplo em torno da temática da segurança pública e de processos de humanização dessa esfera. Isto, tendo em vista que esse âmbito ainda se encontra bastante arraigado de valores tradicionais de segurança, vertidos para o uso da força como aspecto central da contenção da violência e da criminalidade.

Além disso, pretende-se instigar a aproximação da sociedade frente às problemáticas de segurança pública, mas sem que os cidadãos funcionem apenas como instrumentos de fortalecimento da própria figura do Estado. Pelo contrário, devem funcionar como maneira de promover a potencialização dos indivíduos e, conseqüentemente, a paz social, considerando uma abordagem de segurança pautada na reforma do referido setor, promovendo um pensamento integrado entre o local, o nacional e, até mesmo, o global.

2. Breve análise sobre a segurança pública brasileira e o sistema policial

Historicamente, é pertinente referendar que as Constituições brasileiras de 1824 a 1967/69 não faziam alusão à segurança pública. Sendo assim, a Constituição Cidadã de 1988, como é intitulada, inova ao abarcar o tópico sobre a segurança pública; contudo, ainda são perceptíveis diversas pro-

blemáticas em torno do assunto, que passam a ser debatidas. A segurança pública, conforme o art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), consiste na preservação da ordem pública e da segurança das pessoas e do patrimônio. À luz dessa definição, pode-se aduzir que, não por acaso, o termo segurança pública primeiro está ligado à ideia de segurança do Estado e, apenas em seguida, é ressaltada a segurança do indivíduo. Essa visão, segundo Hampson *et al.*, é característica do Estado democrático liberal, pois, nesse espaço, o indivíduo possui papel secundário¹.

De forma díspare, a teoria da segurança humana coloca o indivíduo como elemento de referência da análise de segurança e é justamente em torno dessa perspectiva que se objetiva problematizar, ao longo do trabalho, as possíveis estratégias de humanização da segurança pública e se a mediação policial é ou não um desses instrumentos. Esse debate fundamenta-se em virtude da importância da conexão entre a segurança do Estado e a segurança do indivíduo².

Considerando, então, a visão de segurança pública mais restrita implantada na atual Carta Magna, observa-se o delineamento de um aparato institucional voltado para a garantia da ordem, da segurança individual e da segurança patrimonial. Para tal, tem-se no Brasil: a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, as polícias militares e o corpo de bombeiros militares. No presente trabalho, são focadas as polícias civis e militares; por isso, ressaltam-se as suas funções, respectivamente, conforme a Constituição de 1988: as primeiras são dirigidas por delegados de polícia de carreira, são responsáveis pelas funções de polícia judiciária e pela apuração das infrações penais, excetuando-se as infrações militares; as segundas, por sua vez, possuem papel de polícia ostensiva, visando à preservação da ordem pública.

Considerando o exposto, visualiza-se uma separação entre as funções das duas polícias no Brasil, distintamente do que ocorre em outros países³. Há, então, implicações para a própria segurança pública, já que se percebe a dificuldade de interação entre ambas as polícias e a clara separação entre policiamento e investigação, quando essas atuações deveriam acontecer juntas⁴. Ademais, fica explícito que o papel da polícia militar tem caráter

1 HAMPSON, et al., 2002, p. 6.

2 ARAVENA, 2007, p.8

3 BEATO, 2012.

4 *Ibid.*

repressivo, bem como o da própria polícia civil que, em tese, deve agir apenas após o relato de uma notícia crime e de maneira investigativa, por meio do inquérito policial.

Nesse sentido, é notório o distanciamento da polícia de práticas verdadeiramente preventivas do crime ou da violência. De encontro a esse quadro e em consonância com os estudos mais abrangentes da segurança pública, que vêm sendo desenvolvidos principalmente após os anos de 1990⁵, é que esse trabalho se propõe a debater a função do policial enquanto verdadeiro mediador de conflitos.

Ainda cabe acrescentar o debate que alguns autores incitam, como Luiz Eduardo Soares⁶, sobre a necessidade de desconstitucionalização das polícias. Justifica-se esse argumento pelas características peculiares dos estados no combate à violência e à criminalidade; pois, na contramão de suas necessidades, encontram-se cerceados em decorrência do modelo nacional imposto.

Regras gerais nacionais, como ressalta Soares⁷, são relevantes, mas não a implantação de um modelo e de funções determinadas para as polícias de todo o país. Esse ponto de vista é extremamente pertinente, embora difícil de ser implementado no curto prazo, mas representa claramente as diferenças regionais existentes no Brasil e a importância de tratamentos diferenciados para lidar com essas distinções de maneira mais eficaz.⁸

É válido inferir o significado da palavra segurança pública, a qual deve ser compreendida como a segurança do povo. Por isso, a relevância da sociedade civil nas ações voltadas para a concretização dessa segurança. Nesses termos, Zaluar referenda que “não há segurança sem que as pessoas compreendam os perigos e riscos que correm e façam, elas mesmas, o que podem para controlá-los ou evitá-los”.⁹

Não se busca com essa discussão desconsiderar o papel do Estado e de suas instituições, mas sim ensejar a participação da sociedade civil na luta contra a criminalidade e a violência. Ressalta-se também a relevância de se instigar um olhar vertido para quem a segurança pública deve verdadeiramente se voltar, ou seja, o povo.

5 SOUZA, 2012, p. 67.

6 SOARES, 2006, p. 101.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*, p. 93.

9 ZALUAR, 2002, p. 24.

Cabe, ainda, referendar um debate mais específico sobre a polícia. Assim, tem-se que a atividade policial é um instrumento do Estado, mas, em última instância, a favor dos indivíduos. Ocorre que o dilema entre a segurança estatal e a segurança humana mostra-se perceptível na sociedade contemporânea quando se depreende dos fatos o conflito entre policiais e grupos sociais. Frente a isso, é fundamental pensar um pouco sobre a instituição policial.

Conforme Muller¹⁰, a palavra polícia possui a mesma raiz etimológica do vocábulo política e está ligada ao governo da cidade. Assim, a atividade policial tem como condão pacificar a vida social, isto é, promover a liberdade do domínio da violência e a função policial consiste na garantia da liberdade dos cidadãos, bem como da segurança destes. Dessa forma, os policiais “devem ser agentes da paz” e têm como “tarefa primordial prevenir e resolver os conflitos recorrendo a métodos não violentos de interposição de mediação e de conciliação”.¹¹

O grande problema da atualidade, em analogia à ideologia do cárcere, discutida por Muller¹², que se apresenta como o cerceamento das mentes dos juízes para a aplicação de penas e para o sistema prisional, é que o sistema policial está centrado em uma política repressiva, considerando apenas os procedimentos do direito penal. Isso se deve aos aprofundamentos dos valores democráticos e ao receio dos próprios policiais, de uma maneira geral, de não seguirem os parâmetros estritamente formais aos quais estão vinculados. Dessa forma, percebe-se uma dificuldade de implementação de práticas informais, já que elas poderiam facilmente ser confundidas com arbitrariedade e não seguimento do direito positivo.

No entanto, conforme se debate, práticas, como a mediação policial, incluindo nessa concepção o policiamento comunitário, vão além do direito positivo, mas se coadunam com os princípios gerais do direito. Ademais, são formas de realmente solucionar o problema, evitando futuros casos de violência e outros crimes decorrentes do primeiro. Assim, como expressa Muller, é preciso romper com a lógica da violência inserindo-se em uma dinâmica política da não violência¹³. Nesses termos, a mediação

10 MULLER, 1995, p. 129.

11 *Ibid.*, p. 139.

12 *Ibid.*, p. 133.

13 *Ibid.*, p. 137.

policial pode ser uma ferramenta anterior à própria ação penal e as penas alternativas ao cárcere devem ser pensadas sempre que possível.¹⁴

3. Reforma do setor de segurança, segurança humana e segurança pública

A reforma do setor de segurança, termo que surgiu durante a década de 1990, busca integrar as propostas de defesa e segurança, incentivar a assistência ao desenvolvimento e aprimorar a preocupação com o indivíduo na resolução de conflitos¹⁵, coadunando-se com as novas abordagens da segurança pública e do Direito.

É relevante para esse trabalho compreender o setor de segurança à luz do delineado por Hänggi¹⁶, ou seja, como um conceito que engloba todas as instituições estatais que têm um mandato formal para promover a segurança do Estado e seus cidadãos frente a atos de violência e coerção, como as Forças Armadas, a polícia, as forças paramilitares, os serviços secretos, as instituições judiciais e penais, dentre outras. Nesse sentido, pensar em uma reforma da segurança implica necessariamente no Direito e suas prerrogativas de busca por segurança.

Dentro dessa ótica de reforma do setor de segurança, os debates sobre as mudanças no ambiente policial aparecem; mas, como ressalta Souza, as polícias têm demonstrado dificuldades de assimilar a necessidade de transformações profundas em suas estruturas e apontam as ações violentas como isoladas ou decorrentes da própria cultura da sociedade brasileira de se voltar para a força, perpetuando, assim, os problemas no âmbito de segurança¹⁷.

À luz do exposto, a reforma da polícia no Brasil advém da relevância de reestruturar a própria segurança pública no país e de um processo ainda mais amplo de reforma do setor de segurança como um todo. Assim, segundo Soares, a reforma policial deve pautar-se em seis aspectos: a) reversão da fragmentação verificada na esfera da União; b) alteração do marco legal inadequado e restritivo; c) estímulo à adoção de programas modulares de reforma, voltados para um modelo de polícia ligado a uma

14 MULLER, 1995, p. 133.

15 HÄNGGI, 2004.

16 *Ibid.*

17 SOUZA, 2012, p. 63.

gestão racional, à redução da insegurança pública e ao respeito aos direitos humanos; d) apoio a iniciativas promissoras e divulgação de boas práticas; e) investimento na sensibilização de gestores, legisladores, opinião pública; e f) valorização do papel ativo dos municípios e guardas civis na segurança pública¹⁸.

Nesse quadro reformador, busca-se incentivar práticas preventivas eficientes da criminalidade, através de diagnósticos locais, gestão participativa, articulações institucionais e políticas voltadas para as vítimas¹⁹. Dentro desse ambiente é que se consubstancia o debate que será empreendido sobre a mediação policial, prática essa que encontra respaldo na própria reforma do setor de segurança e possui implicações para a segurança pública. Há também impacto para o âmbito jurídico, com a diminuição da judicialização do direito e a satisfação do interesse social, que, muitas vezes, pela demora e formalidade do processo, acaba não ocorrendo.

Todo esse quadro de reforma do setor de segurança envolve diretamente o conceito de segurança humana, pensando a humanização do ambiente de segurança e da própria segurança pública. Assim, a teoria da segurança humana caracteriza-se por colocar as pessoas como objeto de referência e há duas correntes que se dividem por analisar diferentes tipos de ameaças aos indivíduos. A primeira é a escola de definição restrita, cujo foco do conceito de segurança é posto no “medo da violência política, realizada pelo Estado ou outro ator politicamente organizado”²⁰, contra os valores centrais humanos, incluindo, especialmente, a segurança física individual²¹. Assim, essa primeira abordagem está relacionada apenas com a busca da paz negativa de Galtung, ou seja, ausência de guerra e de violência física, direta e explícita²².

Enquanto a segunda perspectiva – escola de definição abrangente – fundamenta-se no conceito de segurança para além da violência direta, envolvendo outras liberdades e valores²³. É, então, representada pela paz positiva de Galtung, sendo assim, alcançada pela integração da sociedade humana, por meio do atendimento às necessidades sociais²⁴. É importante

18 SOARES, 2006, p. 100.

19 *Ibid.*, p. 96.

20 KERR, 2007, p. 95.

21 HAMPSON, 2008, p. 231.

22 GALTUNG, 1964, p.2.

23 KERR, 2007, p. 95.

24 GALTUNG, 1964, p.2.

referendar que essa segunda abordagem abrange a primeira, englobando a violência direta e a estrutural²⁵, esta advinda de preceitos implícitos arraigados à sociedade.

O presente trabalho está imerso dentro dessa segunda abordagem de segurança humana, referendando como a segurança pública deve ser pensada de maneira ampla, não apenas com foco na proteção física do indivíduo, ou seja, na ausência de homicídios, mas nos diversos problemas estruturais que interferem no bem-estar social, como, desigualdades, fome, drogas, dentre outros. Assim, é fundamental que as políticas de segurança pública pautem-se por um olhar mais amplo da segurança do indivíduo e a mediação policial pode ser um instrumento relevante para isso.

Nesse contexto, destaca-se o papel da segurança humana abrangente enquanto ferramenta pertinente para fazer frente às inseguranças que não têm sido verdadeiramente consideradas como ameaças à segurança pública, incitando proposições e soluções no âmbito da segurança pública mais conectadas com o ambiente social como um todo e políticas públicas mais eficazes. No entanto, esse processo humanizador da segurança pública só se concretiza realmente a partir do momento em que o povo se utiliza da liberdade de atuar em nome próprio, buscando a potencialização, ou seja, a atuação e a participação na tomada de decisão²⁶.

É válido acrescentar que a perspectiva de segurança humana não se confunde com a segurança cidadã, apesar de serem conceitos que se relacionam²⁷. O primeiro vocábulo centra-se em políticas de segurança mais abrangentes, enquanto o segundo termo possui uma conotação mais restritiva, pois representa uma maioria, podendo encobrir desigualdades sociais²⁸.

Diante do exposto, é pertinente discutir como se pode tornar a segurança pública tradicional uma segurança pública humana²⁹. O primeiro passo é modificar o foco da segurança pública atual, pois as pessoas não são vistas como o cerne da segurança pública e quando são levadas em consideração, percebe-se uma diferenciação de raça, gênero e situação econômica³⁰.

25 HAMPSON, 2008, p. 95.

26 ARAVENA, 2003, p.1.

27 GLEDHILL, 2012, p. 525.

28 *Ibid.*, p. 525.

29 SILVA, 2003, p. 269.

30 *Ibid.*, p. 270.

Nesse esboço, uma segurança pública humana não pode oferecer segurança para as pessoas apenas através da polícia, é relevante observar a influência de fatores globais (como tráfico de armas e drogas, interesses industriais e grandes poderes financeiros) na abordagem de segurança pública, bem como dos problemas locais (pobreza e desemprego). Dessa maneira, a forma de combate das problemáticas de insegurança não deve pautar-se no livre exercício do monopólio legítimo da violência, porque quanto maior o uso desse instrumento mais ele precisará ser utilizado, trazendo consequências danosas para um país³¹.

Para deixar mais explícita a distinção entre a segurança pública tradicional e a segurança pública humana, expõe-se o quadro 1. Dele, constata-se que muito se pode avançar no combate à violência e à criminalidade caso a segurança humana seja colocada no foco da segurança pública. O problema é que a segurança pública nos moldes tradicionais tem como cerne a espacialidade territorial, o patrimônio e o uso da força³²; contudo, essa lógica pode dar vez a abordagens menos formais e com enfoque na governança multilateral entre países que sofrem das mesmas problemáticas, para que se visualize uma solução duradoura para essas questões.

QUADRO 1 – SEGURANÇA PÚBLICA HUMANA

Dimensão	Segurança pública tradicional	Segurança pública humana
Espacialidade	Soberania territorial	Não espacialmente orientada
Foco	Estado	Comunitário/individual
Questão	Diplomático/militar	Sociopolítico/ socioeconômico/ ambiental
Padrões de controle	Institucionalizado	Não institucionalizado
Tomada de decisão	Formal (político)	Informal (intuitivo)
Respostas	Diplomática/Militar	Científica/ tecnológica/ governança multilateral

Fonte: MACLEAN, 2000, p. 272. Adaptado e tradução livre.

31 SILVA, 2003, pp. 275 e 277-278.

32 *Ibid.*, p. 273.

Portanto, a visão que se pretende difundir no trabalho não é de que os elementos da segurança pública tradicional são ultrapassados e não devem ser mais considerados, mas sim, pensar em um arcabouço enorme de ações proporcionadas pelo olhar amplo da segurança pública humana³³.

4. A mediação policial como meio de resolução de conflitos

Neste tópico, tem-se o condão de refletir sobre uma forma de resolução de conflitos distinta da difundida pelo sistema penal tradicional, que é a mediação. Essa discussão é importante para que se possa compreender as raízes históricas dessa prática, bem como sua relevância dentro de um sistema pautado por um olhar de segurança pública humanizado e pela reforma do setor de segurança. Ademais, essa parte do estudo é essencial para o debate que se segue em torno da mediação policial.

A mediação, segundo Bacellar, estrutura-se como uma técnica de resolução pacífica de conflitos entre as pessoas, com o menor desgaste possível, contribuindo para que sejam mantidas e fortalecidas as relações de confiança entre as partes envolvidas, bem como dos compromissos aos quais estão vinculadas³⁴.

É interessante ressaltar que esse processo de resolução de conflitos não é novo, tendo permeado boa parte da Idade Média, período em que se observavam práticas como a vingança, a reparação e a composição. A vingança, conforme Gros, compreendia-se por uma recuperação pública de uma atividade³⁵; contudo, como delineia Oliveira, não significava uma liberdade absoluta, havia regras para tal³⁶. Por sua vez, também se observavam práticas de composição, nas quais havia um acordo entre as partes em conflito, possibilitado pela reparação do dano, o perdão e a ressocialização do infrator³⁷.

No final do período medieval foi-se delineando um sistema de justiça público, por meio do qual o Estado subrogava-se no direito de punir, colocando em segundo plano a reparação dos danos e a relevância da vítima³⁸.

33 SILVA, 2003, p. 278.

34 BACELLAR, 2003.

35 GROS *apud* SILVA, 2009, p. 22.

36 OLIVEIRA *apud* SILVA, 2009, p. 29.

37 SILVA, 2009, p. 27.

38 *Ibid.*, pp. 29-35.

Passa-se a um modelo de intimidação e repressão³⁹, em que se percebe a relevância da força da lei, do monopólio sobre a pena⁴⁰ e o crime é visto como uma ofensa à ordem pública e ao corpo social⁴¹.

Sendo assim, visualiza-se a passagem do sistema penal acusatório para o sistema penal inquisitório⁴². Nesses termos, deflagra-se a construção do sistema penal clássico e do direito penal moderno. Pretendia-se, nesse momento, promover a humanização e a proporcionalidade das penas⁴³.

Ocorre que, conforme expõe Silva, o Estado passa a interpor-se entre o culpado e a vítima para separá-los, tornando-se um obstáculo para a realização de soluções de conflito pautadas na conciliação, método este dotado de rapidez, eficiência e baixo custo⁴⁴. Assim, depreende-se o processo de neutralização da vítima, que dá lugar à concepção de bem jurídico penal⁴⁵.

Diante dessas adversidades desenvolvidas com o direito penal moderno, deflagra-se o surgimento do direito penal da vítima e da criminologia crítica, dando abertura para novas abordagens na esfera do direito penal ou do resgate de elementos outrora tidos como relevantes dentro desse ambiente. Então, percebe-se uma tentativa desses movimentos de encontrar alternativas diversas do modelo tradicional para solucionar conflitos de natureza penal, focando-se no paradigma da reconstrução, por meio de práticas consensualistas e de participação, visando ao reencontro da vítima com as práticas de composição e reparação, enquanto direitos inerentes à sua dignidade⁴⁶.

Assim, vê-se a importância da mediação⁴⁷, que se baseia nos seguintes procedimentos: discussão dos fatos, expressão de sentimentos, reparação negociada e comportamento futuro alterado. É fundamental para esse estu-

39 SILVA, 2009, p. 36.

40 *Ibid.*, p. 39.

41 PECH *apud* SILVA, 2009, p. 38.

42 ZAFFARONI, 1987.

43 SILVA, 2009, p. 41.

44 *Ibid.*, p. 44.

45 *Ibid.*, pp. 44-46.

46 SILVA, 2009, pp. 48 e 51.

47 É fundamental afirmar que a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 regulamentou a prática da mediação como meio de solução de controvérsias, determinando seus princípios norteadores e suas características gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 29 jun. 2015.

do ressaltar que, embora a mediação seja geralmente uma prática ligada à condenação, também ocorre antes da abertura do procedimento judicial⁴⁸ e esta última forma permeia a discussão que será empreendida sobre a mediação policial.

Nesses termos, a mediação possibilita a relação entre vítima e infrator, em um ambiente seguro e estruturado, através do acompanhamento do mediador (que é um profissional habilitado) e tem o objetivo de delinear ações e soluções para o tratamento do conflito. Essa forma de solução de conflitos proporciona a redução do medo da vítima e uma maior probabilidade de o ofensor cumprir as metas estabelecidas⁴⁹.

Então, a mediação não deve ser pensada de maneira preconceituosa como uma prática arcaica, mas sim como um meio eficaz de solução de conflitos, que pode levar a uma maior satisfação da vítima e do ofensor em um caso concreto. Além de tudo, a mediação tem o condão de promover a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, sem passar pelos empecilhos formais do Direito, o que geralmente é o interesse da vítima. Visualiza-se, portanto, um sistema que vai além da culpabilidade, focado na resolução simples do conflito diretamente entre as partes e na real concretização da justiça.

Após a conceituação de mediação, mostra-se relevante discuti-la dentro das abordagens sobre reforma do setor de segurança; logo, observa-se que a mediação, enquanto forma alternativa de resolução de conflito, representa uma nova faceta do Direito, preocupada muito mais com a segurança humana do que com a segurança jurídica ou ritualística. É nesse sentido que a mediação pode ser pensada dentro do contexto de reforma do setor de segurança e de novas formas de ver o Direito, para além da sua constante autoafirmação.

Considerando que a mediação tem como finalidade última a pacificação social, garantindo a segurança para as partes em conflito, visualiza-se sua importância enquanto política criminal e judiciária. Como política criminal, pode-se pensar, por exemplo, numa mediação policial ou comunitária, sendo cada uma movida por um modelo criminal diferente⁵⁰. A primeira está pautada nos moldes liberais e a segunda, no modelo de

48 SILVA, 2009, p. 140.

49 *Ibid.*, p. 141.

50 DELMAS-MARTY, 2004.

sociedade autogestora⁵¹, mas ambas as práticas mediadoras são relevantes para se compreender um sistema penal mais amplo.

De certa forma, essas atividades mediadoras também podem ser consideradas políticas judiciárias, tendo em vista que o setor de segurança representa um todo formado pelos entes estatais, estando o sistema judiciário e o policial associados. Ademais, essas medidas têm repercussão direta no Direito através da diminuição processual e da resolução de conflitos. Enquanto política judiciária propriamente dita, ressalta-se o uso da mediação dentro dos tribunais, já depois do surgimento do processo formal, como tentativa de dirimir de início a controvérsia, sem os diversos trâmites processuais ou ainda a realização dessa prática durante o procedimento formal, com finalidade de possibilitar um acordo entre os litigantes.

Antes de se ingressar no debate sobre a mediação policial, é relevante abordar que existem três formas de mediação de conflitos conhecidas no Brasil: a) independente, em que se percebe a atuação de participantes especializados na prática da mediação; b) institucional, por meio da qual pessoas jurídicas privadas cobram pelos serviços ou ainda pode ser desempenhada por pessoas públicas; e c) comunitária, em que, por intermédio dela, há atendimento gratuito e trabalho voluntário dos mediadores⁵². A mediação policial, então, seria um tipo de mediação institucional promovida pelo Poder Público, por meio da polícia, mas de cunho comunitário, já que se volta para a população e tem caráter gratuito e voluntário.

Considerando as abordagens já desenvolvidas, a mediação policial é trabalhada com dois enfoques que, na realidade, são complementares: i) o primeiro, consubstancia-se na atuação policial mediadora nas próprias delegacias, evitando representações, quando o conflito pode ser solucionado através do diálogo e de um auxiliar, no caso, o policial civil; ii) o segundo, consiste no policiamento comunitário, por meio do qual os policiais militares, em virtude de sua atuação ostensiva, interagem com a população, percebendo as necessidades e os pontos de insegurança, a fim de minimizá-los. As duas práticas são definidas aqui em conformidade com o direito brasileiro e a forma como as duas polícias trabalham. No entanto, acredita-se na completa viabilidade de haver policiais civis e militares trabalhando juntos em ambas as frentes.

51 DELMAS-MARTY, 2004.

52 CARVALHO *apud* MOTA, 2010, p. 36.

Em conformidade com o exposto pelo delegado Anderson Melo, a mediação policial nas delegacias consiste em um processo no qual a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente na resolução das questões oriundas do delito, com a ajuda de um policial, em regra civil, por ser o que trabalha internamente nas delegacias brasileiras⁵³. Essa forma de resolução de conflitos pode ser aplicada em infrações penais de menor potencial ofensivo, como lesões corporais, ameaças, crimes contra a honra, maus tratos, contravenções (por exemplo, perturbações ao sossego alheio), bem como em questões civis. Os crimes mais graves seguem os trâmites normais com abertura do inquérito e o andamento do processo formal. Assim, antes de ocorrer o processo da mediação há uma análise prévia dos casos, que passam por uma triagem, seguindo as regras do processo penal em relação aos tipos de crimes⁵⁴.

Como funciona, então, esse processo de mediação? Tem-se a seguinte sequência: a) a vítima chega até a delegacia para prestar uma notícia-crime; b) o policial explica a possibilidade de ocorrer a mediação nos crimes ou contravenções cabíveis, após prévia avaliação, mostrando os dois caminhos possíveis que podem ser seguidos: o procedimento formal com a lavratura do boletim de ocorrência ou tentar solucionar de imediato o conflito por meio da mediação policial; c) caso a vítima opte pela mediação, envia-se uma carta para o ofensor com intuito de que esse compareça na delegacia em data e hora pertinentes e a vítima fica convidada a se apresentar da mesma forma; d) na situação em que ambos aparecem na data combinada, inicia-se a possibilidade de conversa entre as partes, visando a se chegar num consenso sobre o caso; e) caso as partes tenham chegado a um ponto comum, lavra-se o termo de ocorrência com o desfecho do processo mediador; se a situação não tiver sido solucionada, dá-se início ao procedimento formal com a apresentação da queixa-crime – ação privada – ou da denúncia pelo Ministério Público, após a devida representação – ação pública condicionada⁵⁵.

O policial deve tentar se manter o mais neutro possível, apenas delineando o que as partes estão fazendo naquele espaço, realçando que o

53 RESENDE, 2009.

54 *Ibid.*; SILVA JÚNIOR, 2009.

55 *Ibid.*; VASCONCELOS, 2008.

objetivo do encontro é a concretização de um acordo de paz, observando os meios possíveis para alcançá-lo. É, portanto, um procedimento complementar ao formal e não excludente deste⁵⁶.

É interessante ressaltar o fato de que, como declara Juvenal Costa, agente da polícia, nem sempre a pessoa quando chega à delegacia pretende registrar uma ocorrência. Muitas vezes, o interesse é simplesmente dirimir a celeuma pela qual se está passando, por isso a importância da mediação. Ademais, como ressalta o delegado Anderson Melo, a mediação é um instrumento mais adequado quando se trata de relações de continuidade, ou seja, quando existe um relacionamento prévio entre as pessoas em conflito⁵⁷.

Assim, é pertinente ressaltar que esse processo de mediação em delegacias vem sendo desenvolvido em Belo Horizonte, por meio do Projeto Mediar, que é uma iniciativa do delegado Anderson Alcântara Silva Melo. Segundo o delegado, o projeto iniciou-se pela prática e, à medida que iam necessitando da teoria, mergulhavam nas leituras, pois só se aprende a mediar através do exercício cotidiano. Os resultados da mediação policial foram sentidos no decorrer do projeto, visto que, em quatro meses, o número de ocorrências lavradas foi reduzido em 45%. Ademais, é fundamental explicitar o efeito multiplicador da mediação, pois, como assevera a gerente do projeto, um crime mediado implica na inibição de outros⁵⁸. Nesse sentido, observa-se a relevância dessa prática no cotidiano policial e para a pacificação social.

Quanto ao policiamento comunitário, depreende-se um procedimento em que o policial, em regra, o militar, insere-se numa comunidade, estreitando laços com esta, para mediar conflitos na busca de uma solução decorrente da construção de consenso, incentivando uma iniciativa comunitária de cultura de paz, visando à defesa dos direitos humanos e do real exercício da cidadania⁵⁹.

De acordo com Bayley e Skolnick, experiências de policiamento comunitário no mundo seguem as seguintes normas: “organizar a prevenção do crime tendo como base a comunidade, reorientar as atividades de patrulhamento para enfatizar os serviços não emergenciais, aumentar a responsabilização das comunidades locais e descentralizar o comando”⁶⁰.

56 RESENDE, 2009; VASCONCELOS, 2008.

57 RESENDE, 2009.

58 *Ibid.*

59 SALES; FERREIRA; NUNES, 2009, p. 75.

60 BAYLEY; SKOLNICK, 2001.

Então, o policiamento comunitário centra-se na solução de conflitos com auxílio da comunidade, de maneira pacífica e harmoniosa, através do diálogo e da transformação do comportamento das pessoas⁶¹. Logo, visualiza-se no policiamento comunitário uma estratégia de mediação de conflitos utilizada pelos policiais junto à comunidade.

No tocante ao policiamento comunitário, vale ressaltar que essa técnica se encontra presente em pelo menos 15 estados do Brasil: Ceará, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Paraíba, Santa Catarina, Bahia, Rio Grande do Norte, Sergipe, Paraná, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Pará⁶².

No Rio de Janeiro, essas iniciativas de policiamento comunitário começaram com o Grupamento de Aplicação Prático Escolar – GAPE –, buscando prover serviços de segurança pública para as comunidades carentes. Em 1999, instaurou-se o Mutirão pela Paz na favela da Vila Pereira da Silva, o Pereirão, nas Laranjeiras e, a partir dos anos 2000, foram instalados Grupamentos de Policiamento em Áreas Especiais – GPAE⁶³.

As diretrizes do trabalho dos Grupamentos de Policiamento de Áreas Especiais baseiam-se em sete princípios primordiais: legalidade e direitos humanos, integração, inteligência, estratégia diferenciada, prevenção proativa, repressão qualificada e uso seletivo da força. Porém, problemas como dificuldades de adequação dos policiais às novas diretrizes, violência policial, manutenção do tráfico de drogas e descrença dos policiais na prática do policiamento comunitário, são perceptíveis na tentativa de implementação desse novo exercício policial. Por outro lado, o policiamento comunitário tem influenciado algumas organizações policiais brasileiras a terem um cunho mais humanitário, além de ter diminuído o uso de armas indiscriminado pela polícia⁶⁴.

Ocorre que, como aponta Novaes, observa-se na prática do policiamento comunitário mais continuidades do que mudanças⁶⁵. Sendo assim, muitos desafios ainda têm de ser superados para se tentar aprimorar a atuação policial no âmbito da segurança pública brasileira e os sucessos

61 SALES; FERREIRA; NUNES, 2009, p. 76.

62 MISSE; CARVALHO, 2007, p. 6675.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*; ALBERNAZ; CARUSO; PATRÍCIO, 2007.

65 NOVAES, 2003.

das diversas práticas devem ser relativizados no sentido de estimular mais estudos e reflexões sobre elas, para que cada vez mais avanços sejam percebidos rumo à verdadeira humanização da segurança pública⁶⁶.

Em relação ao exercício da mediação policial na Paraíba, vislumbra-se a existência de policiamento comunitário, por meio das Unidades de Polícia Solidária – UPS – que vêm atuando, por exemplo, nos bairros do Alto do Mateus e do São José, ambos situados na capital do estado. O resultado positivo é visto quando considerada a redução do número de homicídios na região em 2012⁶⁷. No entanto, ampliando a crítica já feita no parágrafo anterior, o sucesso de uma operação policial não pode ser medido considerando apenas um aspecto, mesmo que esse seja o mais visível perante a sociedade, ou seja, o número de homicídios. Além disso, os dados governamentais são, em muitos casos, maquiados com intuito de manter o ar de segurança nos estados, por isso a necessidade de olhar crítico em torno deles.

Diante do que foi apresentado, percebe-se que a mediação policial está inserida dentro da lógica de polícia cidadã, ou seja, como declina Bengochea *et al.*, “o policial precisará ter uma outra visão de seu objeto de trabalho, uma outra compreensão e, principalmente, ter capacidade e habilidade de estar reconhecendo e compreendendo a diversidade social”⁶⁸.

Existem, contudo, algumas críticas à mediação policial, as quais Silva Júnior desmistifica, quais sejam, a violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional e ao da obrigatoriedade da ação e a falta de habilidade jurídica dos agentes policiais⁶⁹. Em relação ao primeiro ponto, afirma o autor que o policial media conflitos que tratam de direitos disponíveis e registra os termos da composição entre as partes em boletim de ocorrência, garantindo segurança jurídica para elas, caso pretendam ingressar com futura demanda judicial, não inviabilizando o ingresso ao Judiciário. No que tange ao segundo aspecto, argumenta-se que a mediação policial ocorre apenas nos casos de infrações penais de ação privada ou pública condicionada, nas quais o princípio da obrigatoriedade da ação não é válido. Por último, delibera o autor supracitado que as práticas de mediação extrajudiciais

66 ALBERNAZ; CARUSO; PATRÍCIO, 2007.

67 NOTÍCIAS DA PARAÍBA, 2012, p. 9.

68 BENGOCHEA, *et al.*, 2004, p. 122.

69 SILVA JÚNIOR, 2009.

foram embriões para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, revelando o sucesso de tais medidas, não sendo necessário tamanho rigor jurídico para realizar uma ação mediadora⁷⁰.

Por conseguinte, a mediação policial é uma prática lícita e que está em consonância com a atual ordem jurídica, valorando os espaços de consenso em contrapartida às demandas formais, que, muitas vezes, só se deparam com os conflitos aparentes, não solucionando o cerne da questão⁷¹. Nesse espectro, a mediação é vantajosa porque ela não se limita apenas à solução da problemática, mas tem por foco o relacionamento entre as pessoas, que deve ser mantido após a solução da controvérsia⁷².

Fortalecendo ainda mais a mediação policial tem-se, segundo Bengochea *et al.*, que 70% das intervenções policiais não são na área policial, mas sim na social, isto é, assistência e resolução de pequenos conflitos que não alcançam o patamar de infrações penais e dos 30% que restam, possivelmente a maioria das intervenções corresponde a pequenos delitos⁷³. Dessa forma, reforça-se a importância da mediação policial como instrumento de proteção dos indivíduos e, conseqüentemente, enquanto medida garantidora da paz social⁷⁴.

É inegável que os policiais têm que estar preparados para atuar como mediadores dos conflitos sociais, mas isso é um processo contínuo, construído aos poucos, sendo imprescindível, primeiro, se implantar a cultura da mediação dentro do ambiente policial, pois os meios necessários para aplicação de tal medida são alcançados através de cursos, pesquisas e práticas bem sucedidas. Ademais, há que se difundir o fato de que a mediação não é uma perda de tempo, e sim um instrumento capaz de evitar que uma situação conflituosa leve a um caso de violência, pois alguns crimes quando não solucionados podem levar a outros mais graves⁷⁵.

O problema configura-se no fato de que o entendimento que se tem do policial no Brasil está ligado ao uso da força e ao caráter violento e repressivo, com intuito de conter o aumento alarmante da criminalidade no país. No entanto, como pontua Bengochea *et al.*, o aumento da criminalidade no

70 SILVA JÚNIOR, 2009.

71 *Ibid.*, REIS, *s/d*, p. 6.

72 REIS, *s/d*, p.9.

73 BENGOCHEA, *et al.*, 2004, p. 121.

74 MOTA, 2010, p. 47.

75 REIS, *s/d*, p. 6.

mundo possui razões estruturais, o problema são os meios utilizados para controlá-la e a mediação pode ser um importante instrumento social nesse sentido, ou seja, uma verdadeira política pública, além de política criminal e judicial, como debatido no tópico anterior⁷⁶.

5. Mediação policial: prática de humanização da segurança pública?

Esta parte tem como intuito apresentar a relação entre a mediação policial, a segurança pública e a segurança humana, considerando a prática mediadora de conflitos como um instrumento que se coaduna com a reforma do setor de segurança e que, em tese, está de acordo com as propostas de humanização da segurança. Contudo, visa-se, à luz de um debate anterior sobre a possível sensação de segurança proporcionada pela mediação e em torno dos modelos de políticas criminais do Estado frente à sociedade, questionar se realmente a mediação policial está promovendo a humanização da segurança pública ou apenas o fortalecimento da própria segurança estatal.

A segurança humana, como já ressaltado, é alcançada à medida que se estabelece o foco na figura do indivíduo. Frente a isso, é pertinente ao trabalho acentuar os debates sobre se realmente a prática da mediação policial consegue realçar a pessoa humana em detrimento da simples valorização do Estado.

Assim, considerando que a mediação policial está diretamente ligada com a sociedade e com a possível construção de confiança e de prevenção da violência, pode-se acreditar na vinculação estreita entre a mediação policial e a segurança humana. Por outro lado, observando-se que a polícia é um dos elementos que fortalece o Estado, a lógica seria de que a mediação policial estaria funcionando como um instrumento estatal envolto por uma capa humanitária, com finalidade de ampliar o controle estatal sobre a sociedade⁷⁷. Diante desse quadro, passa-se ao delineamento de alguns pontos para que possam ser estabelecidas perspectivas mais concretas sobre a discussão.

O primeiro aspecto de análise é a sensação de segurança e a relação com a mediação policial; assim, nota-se que a atividade policial, por se pautar na amenização dos riscos e em sua distribuição no meio social, não

76 BENGOCHEA, *et al.*, 2004, p. 120.

77 MIRANDA; NASCIMENTO; MELLO, 2006; LOPES, 2009.

necessariamente promove a sensação de segurança, já que o risco, isto é, a incerteza sobre o futuro, está sempre presente⁷⁸. Desse modo, o grande problema de se medir a sensação de segurança é o risco fabricado, ou seja, aquele criado em decorrência da relação indivíduo-mundo⁷⁹ e dentre eles encontra-se o medo do crime, que se consubstancia no receio de ser vítima de um ato criminoso de maneira generalizada⁸⁰.

Levando em consideração essa análise, a mediação policial não teria, em tese, o condão de prover a sensação de segurança dos indivíduos, mas essa percepção de segurança encontra-se encoberta pelas ameaças reais dos indivíduos e também pelas imaginárias⁸¹ e é por isso que a sensação de segurança pode ser ampliada através da mediação policial, já que esta consiste numa prática que aparenta aproximar o indivíduo do Estado e levar o conflito ao seu fim, revelando-se uma forma mais concreta de prover a proteção dos indivíduos frente a uma demanda incessante de criação de mecanismos protetores⁸².

Ressalta-se ainda que a mediação policial tem que estar associada a diversas outras práticas que impliquem na ampliação da sensação de segurança social, por se mostrarem mais protetoras e concretas, e que essas medidas não devem vir apenas do Estado, mas de todas as esferas sociais, já que o controle da violência e do crime é um problema de todos⁸³.

Um ponto temerário que termina se materializando atualmente é que a sensação de insegurança permite e legitima a própria violência policial⁸⁴, dificultando a atuação da polícia enquanto instituição mediadora e não simplesmente repressora e promovendo um ciclo de violência. Além disso, observa-se que, em outros casos, existe o medo até mesmo da instituição policial⁸⁵. Tudo isso dificulta uma percepção sobre se a mediação policial pode ou não promover sensação de segurança aos cidadãos, pelo menos no curto prazo.

78 GIDDENS, 2007.

79 *Ibid.*

80 CÂMARA, 2008, pp. 225-226.

81 MIRANDA; NASCIMENTO; MELLO, 2006.

82 CASTEL *apud* MIRANDA; NASCIMENTO; MELLO, 2006.

83 MIRANDA; NASCIMENTO; MELLO, 2006.

84 BEATO, 2012.

85 CÂMARA, 2008, p. 101.

Dessa forma, pode-se concluir que não é fácil afirmar se a mediação policial promove literalmente sensação de segurança para a sociedade ou não, mas o que se nota é que ela marca uma forma alternativa de solucionar conflitos, para além das formalidades jurídicas, proporcionando uma atuação policial mais ampla e concreta. Pode ainda, dependendo da situação fática, evitar que o conflito provoque violência e amenizar o medo do crime, específico ou relacionado ao caso concreto, para as pessoas envolvidas. Porém, como a sensação de segurança envolve fatores como medo do crime, risco e mídia, não há como realmente ter uma medição precisa dessa ampliação ou não da sensação de segurança em relação à atividade da mediação policial.

O segundo ponto a ser analisado sobre a mediação policial é que envolve a análise geral sobre se essa prática promove a humanização da segurança pública e a posição dada à vítima. Assim, esta é compreendida como “todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais”⁸⁶.

Dentro dessa lógica é que se passa a refletir sobre a importância da vítima, sua relação com o sistema policial, levando a se pensar especificamente sobre a mediação policial. Desse modo, observa-se que a vítima leva ao conhecimento das instâncias de controle o delito por razões de ordem material e imaterial e, não raras vezes, escolhe o caminho do acordo à margem do sistema formal preferindo a solução do caso imediato, cessando sua situação de vítima. Nessas circunstâncias, ocorre o que se denomina de “cifras negras”, ou seja, crimes que simplesmente não são noticiados pela vítima⁸⁷.

Por conseguinte, a mediação policial tem uma tarefa muito importante nesse sentido, porque parte do interesse da vítima de resolver o caso de imediato perante a polícia, fortalecendo a confiança na instituição e, dessa maneira, diversos crimes podem ser relatados ao sistema policial, determinando o papel fundamental da vítima em todo o processo policial e judiciário⁸⁸. Isso fica muito claro quando são realizadas pesquisas de viti-

86 CÂMARA, 2008, p. 77.

87 *Ibid.*, p. 87.

88 *Ibid.*, p. 89.

mização e se percebe que apenas um quarto dos crimes chegam à presença da polícia⁸⁹.

O problema atual é que a instituição policial encontra-se despreparada para se relacionar com a vítima, por isso que o sistema de repressão penal é ratificado diuturnamente. Esquece-se de como a vítima é importante no processo de investigação, na persistência em descobrir determinados fatos e no próprio desfecho do conflito⁹⁰. De outro lado, olvida-se de que a polícia é um instrumento fundamental para a persecução criminal, tendo em vista que, em regra, é a primeira a saber do delito pela narração da vítima⁹¹.

Confirmando o papel da mediação policial, é importante reiterar que a vítima ao chegar até a polícia nem sempre almeja uma solução formal para o caso. Em muitas situações, apenas se interessa por uma mediação do conflito através da polícia, permitindo a restituição dos bens, a pacificação de determinado ambiente e certo suporte que garanta segurança⁹². Sendo assim, fica nítida a implicação positiva que a mediação policial pode ter para a vítima.

Além disso, a mediação policial amenizaria outro percalço encontrado no sistema policial, que é a seleção de casos pela polícia, afetando o princípio da legalidade. Isso acontece porque em alguns relatos das vítimas a instituição policial acredita na pequena importância da situação; no entanto, pequenos delitos podem levar a grandes crimes e casos de violência. Por isso, com a possibilidade de exercício da mediação policial dentro das próprias delegacias ou mesmo, durante o policiamento comunitário, o cidadão sente-se mais seguro e a vítima fica mais aberta a relatar os delitos que a envolverem direta ou indiretamente, embora ainda continue, em certos casos, optando pelo princípio da oportunidade⁹³.

Assim, torna-se clara a existência da criminalidade real e a oficial⁹⁴ dentro do país e dos estados, por isso a dificuldade de criação de políticas públicas para conter a primeira; porém, com a perspectiva da criminalidade a partir da vítima, há como, através de pesquisas locais, verificarem-se os

89 BEATO, 2012.

90 CÂMARA, 2008, p. 92.

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*, p. 93.

93 *Ibid.*, p. 95.

94 *Ibid.*, p. 96.

motivos que levam a cada ambiente ter determinados índices de conflitos e violência e as formas de combatê-los.

Conforme reverbera Lemgruber, pesquisas sobre vitimização destacam o reconhecimento dos direitos e interesses das vítimas, indicando se os respondentes foram vítimas de crimes num determinado período, os tipos, as circunstâncias, se foram noticiados, os motivos, as características dos delinquentes, se eram conhecidos dados sobre as vítimas, dentre outros pontos⁹⁵.

Assim, de certa forma, colocar a vítima, principal interessada no caso, à frente do Direito Penal permite, sem dúvida, a sua humanização, além de aumentar as chances de reparação e de confiança no sistema judicial. Além disso, evita que ela sofra dentro do processo formal uma vitimização secundária, pois, em geral, sente-se desprotegida, desinformada, em situação desfavorável frente ao criminoso⁹⁶, ou até mesmo, de uma “perigosidade vitimal”, processo por meio do qual a vítima é censurada e estigmatizada, acreditando-se no estímulo de sua própria vitimização⁹⁷. Por conseguinte, frisa-se que a vítima deve ser encarada como “eticamente superior a uma imposição punitiva do sistema legal”⁹⁸ e sob o “escopo dos Direitos Humanos”, ampliando-se seus direitos⁹⁹.

Mais preocupante ainda é que as vítimas reais e indiretas nem sempre confiam na polícia, em algumas situações, temendo-a, provocando um quadro emblemático dentro do Estado brasileiro. Por isso, a necessidade de renovação da instituição policial e a mediação policial pode ser um elemento que permita um novo olhar sobre a polícia, logicamente que associada a outras necessidades, como processos de investigação mais árduos, infraestrutura, recursos humanos, tecnologias necessárias, levando a uma “política de segurança real”¹⁰⁰.

Assim, a mediação policial emerge como uma forma de renovação de uma polícia que tende a perpetuar as mesmas funções que lhe foram determinadas há muito tempo em circunstâncias completamente diferentes

95 LEMGRUBER, 2001, p.3.

96 SILVA, 2009, pp. 174-175.

97 RIBEIRO *apud* SILVA, 2009, p. 176.

98 SILVA, 2009, p. 167.

99 *Ibid.*, p. 179.

100 CÂMARA, 2008, p. 101.

das atuais, mantendo o Brasil com um olhar pretérito e ligado a um desenvolvimento sempre limitado¹⁰¹ e, ao mesmo tempo, como uma maneira de integrar a vítima ao sistema formal.

Aponta-se ainda que seria pura inocência acadêmica acreditar na mera importância da mediação policial quando todo o sistema policial necessita ser transformado; por isso, busca-se problematizar como se pode alcançar verdadeiramente a segurança humana e não simplesmente manter a segurança estatal em detrimento de diversos problemas sociais e criminais existentes no país¹⁰².

Diante do que foi exposto até então, visualiza-se que a mediação policial, embora tenha algumas características que se coadunam com uma segurança pública mais humana, está permeada pelas diretrizes da segurança pública tradicional e o olhar do Estado. Assim, utilizando-se dos ensinamentos de Lopes, deduz-se que as práticas de justiça restaurativa, apesar de terem uma importância inegável pelos pontos já trabalhados, na verdade, configuram uma forma de manter o controle social pelo Estado¹⁰³.

Sendo assim, considerando a análise feita ao longo do trabalho, a mediação policial pode promover aparentemente a humanização da segurança pública, mas está arraigada de preceitos focados na segurança estatal. Contudo, nota-se que a mediação policial, embora tenha seus problemas, é uma forma de tentar solucionar as problemáticas sociais sem obrigatoriamente passar pelo viés tradicional em todos os seus aspectos, articulando as relações entre a sociedade civil e as instituições públicas. Dessa maneira, pode ser concebida como uma prática relevante na ordem social atual. Por outro lado, mostra-se nítida a importância de práticas de mediação não estatais dentro da sociedade, como forma de resolução de conflitos.

6. Considerações finais

À luz de todos os pontos ressaltados, percebe-se a característica ampla desse estudo ao apresentar um debate fluido entre a segurança pública, a segurança humana, o sistema Judiciário e as demais formas de poder existentes dentro da sociedade, refletindo sobre a prática da mediação.

101 CÂMARA, 2008.

102 *Ibid.*, p. 102.

103 LOPES, 2009.

Isto, apesar de o grande objetivo ter sido enfrentar discussões em torno da mediação policial, seus reflexos para a segurança pública e sua possível característica humanizadora.

Assim, observa-se a importância da concepção atual de reforma do setor de segurança, possibilitando ligar as mais diferentes esferas que trabalhem com segurança na busca da efetiva concretização desse valor tão estimado. Ademais, passa-se pela centralidade que o conceito de segurança humana desempenha hodiernamente frente aos problemas de insegurança pública vivenciados no Brasil.

Por outro lado, vê-se a mediação em todas as suas formas como verdadeira alternativa para a solução dos conflitos sociais sem enfrentar as formalidades do processo formal no âmbito do Judiciário e como maneira de aproximação da vítima dentro desse movimento pacificador. Então, não há como não depreender o papel que a mediação possui enquanto política criminal, que pode ser decorrente da simples atividade popular ou ter a inclusão do Estado, como se nota na mediação policial.

No que tange à mediação policial, ao longo do trabalho, foi desenvolvida uma linha de raciocínio permitindo a conceituação dessa prática, na qual se inclui a mediação realizada dentro das delegacias e, ainda, a que ocorre por meio do policiamento comunitário; além disso, foram apresentados alguns casos práticos do desenvolvimento dessa medida, mostrando que são bem sucedidas, mas que necessitam de aprimoramento e que este acontece no desenrolar da própria ação policial.

Por outro lado, observa-se que a mediação policial encontra-se inserida na lógica do modelo de política criminal Estado-sociedade liberal e está carregada de interesses estatais que se fundem às intencionalidades realmente humanas. Nesse sentido, embora se enxergue a mediação policial como uma prática aparentemente humana, esta está claramente marcada pelo fortalecimento da instituição policial, que é o cerne da centralização da força dentro do Estado. Por isso, deflagrou-se a discussão em torno da relação entre Estado e sociedade, da sensação de (in)segurança e a consequente legitimação da atuação policial.

Portanto, conclui-se que a mediação policial, apesar de estar imbricada com os interesses estatais, consegue incluir características mais humanas na prática policial, abarcando a figura da vítima de maneira mais protetora, possibilitando a resolução dos conflitos sociais de forma mais direta e aproximando o Estado da sociedade civil. Dessa forma, é uma medida que

deve se coadunar com outras práticas arraigadas de diretrizes pautadas nos Direitos Humanos, para que realmente se verifique a humanização da segurança pública.

Referências Bibliográficas

- ARAVENA, Francisco Rojas. Seguridad humana: aportes en la reformulación del concepto de seguridad. In: MUÑOZ, Isidro Sepúlveda (Coord.). *Seguridad humana e nuevas políticas de defensa en Iberoamérica*, 2007.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação para-processual*. São Paulo: RT, 2003.
- BAYLEY, D. H. & SKOLNICK, J. H. *Nova polícia: inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: EDUSP, 2001.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.
- GALTUNG, Johan. An Editorial. *Journal of Peace Research*, Vol.1, Nº 1, 1964, pp. 1-4.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2007, pp. 31-45.
- GLEDHILL, John. Segurança humana: uma meta viável? In: Caderno CRH, Salvador, V.25, Nº 66, Set./Dez. 2012, pp. 519-533.
- HAMPSON, Fen Osler et al. *Madness in the Multitude: Human Security and World Disorder*. New York: Oxford University Press, 2002.
- HAMPSON, Osler. Human Security. In: WILLIAMS, Paul D. (Ed). *Security Studies: An Introduction*. London and New York: Routledge, 2008, pp. 229-243.
- HÄNGGI, Heiner. Conceptualising Security Sector Reform and Reconstruction. In: BRYDEN, Alan; HANGÜI, Heiner (Eds.). *Reform and Reconstruction of the Security Sector*. Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2004, pp.3-18.
- KERR, Pauline. Human Security. In: COLLINS, Alan (Ed.). *Contemporary Security Studies*. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 91- 106.
- LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. In: *Revista Think Tank*. São Paulo, 2001.

- LOPES, Edson. *Política e segurança pública: uma vontade de sujeição*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.
- MACLEAN, George. Instituting and Projecting Human Security: A Canadian Perspective. In: *Australian Journal of International Affairs*, 54:3, 2000, pp. 269- 276.
- MOTA, Germana Ferreira. *A experiência da polícia civil com a mediação de conflitos: um estudo de caso da interação existente entre o 35º Distrito Policial e o Núcleo de Justiça comunitária da Grande Messejana*. Monografia de Serviço Social. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, Ceará, 2010.
- MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não violência: percurso filosófico*. Lisboa: Editora Piaget, 1995.
- NOTÍCIAS DA PARAÍBA. *Revista Mensal do Governo da Paraíba*. Ano 1. Nº 6. Dez. 2012.p. 9.
- OLIVEIRA, Ariana Bazzano de. O fim da Guerra Fria e os estudos de segurança internacional: o conceito de segurança humana. In: *Aurora*, ano III, n. 5, dez 2009.
- NOVAES, R.R. Polícia, polícias: as percepções dos jovens. *Comunicações do Iser*. O galo e o pavão, Rio de Janeiro, ano 22, n. 58, 2003.
- SALES, L. M. M.; FERREIRA, P. R. L.; NUNES, A. O. Segurança Pública, mediação de conflitos e polícia comunitária: uma interface. In: *Novos Estudos Jurídicos*, V. 14, Nº 3, pp. 62-83, 2009.
- SILVA, Jorge da. Human Security and Public Security: Global Issues And Their Influence On Local Ones. In: GOUCHA, Moufida e ARAVENA, Francisco Rojas (Eds.). *Human Security, Conflict Prevention and Peace for Latin America and the Caribbean*. Chile: UNESCO/FLACSO-CHILE, 2003, pp. 265-279.
- SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade (Restaurative Justice): Instrumento de Proteção e Defesa dos Direitos Humanos para a Vítima*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SOUZA, Marcos Santana de. *A violência da ordem: polícia e representações sociais*. São Paulo: Annablume, 2012.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General I. Buenos Aires: Ediar, 1987.

Documentos e Sites

- ALBERNAZ, Elizabete R.; CARUSO, Haydée; PATRÍCIO, Luciane. Tensões e desafios de um policiamento comunitário em favelas do Rio de Janeiro: o caso do Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais. In: *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, V. 21, N.2, p.39-52, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.uece.br/labvida/dmdocuments/tensosoes_e_desafios_do_policiamento.pdf> Acesso em: 10 fev. 2013.
- ARAVENA, Francisco Rojas. *Esbozo del informe de la Comisión de Seguridad Humana*. 2003. Disponível em: <http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/733e4b3f-3b8f-45d-3-aa01-fe7c19326dee.pdf> Acesso em: 06 nov. 2011.
- BEATO, Cláudio. Entrevista realizada no *Programa Roda Viva da TV Cultura* em 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/roda-viva-claudio-beato-12-11-2012> > Acesso em: 13 nov. 2012.
- BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz. *et al.* A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./ mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000100015&script=sci_arttext> Acesso em: 13 jan. 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Reforma no Judiciário e Segurança Pública*. 2005. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={2C6FA-354-9062-4927-9767-DE925A5EA180}>> Acesso em: 15 jan. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 12 dez. 2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 12 dez. 2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > Acesso em: 12 dez. 2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > Acesso em: 12 dez. 2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui

caocompilado.htm> Acesso em: 01 set. 2012.

- _____. Lei Nº 13.140 de 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 29 jun. 2015.
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de; NASCIMENTO, Nivio Caixeta do; MELLO, Kátia Sento – Sé. *Segurança pública, segurança social e segurança humana*. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2006. Disponível em: <http://urutau.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/SegurancaPublica.pdf> Acesso em: 01 set. 2012.
- MISSE, Daniel Ganem; CARVALHO, Rodrigo Mattos de. Policiamento comunitário no Rio de Janeiro. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI* (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito no Brasil). Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_ganem_misse.pdf> Acesso em: 02 jan. 2013.
- REIS, Helena dos Santos. *A utilização da mediação de conflitos nas atividades policiais*. s/d. Disponível em: <<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/artigos/Artigos%20pdf/Helena%20dos%20Santos%20Reis.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2013.
- RESENDE, Flávia Vieira. Policiais fazem mediação de conflitos. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. 2009. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/node/22497>> Acesso em: 10 jan. 2013.
- SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. O policial mediador de conflitos. Fundamentos jurídicos para uma polícia orientada à solução de problemas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2100, 1 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12529>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- SOARES, Luiz Eduardo. Segurança pública: presente e futuro. *Estudos Avançados* 20 (56), 2006, pp. 91-106. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2013.
- ZALUAR, Alba. Oito temas para debate: violência e segurança pública. *Sociologia, Problemas e Práticas*, Nº 38, 2002, pp. 19-24. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n38/n38a02.pdf>> Acesso em: 5 fev. 2013.

Recebido em 15 de janeiro de 2015

Aprovado em 21 de março de 2015

Uma teoria conservadora de democracia? Aportes para um diálogo entre Michael Oakeshott e Joseph Schumpeter

*A Conservative Theory of Democracy? Contributions
to a Dialogue between Michael Oakeshott and Joseph
Schumpeter*

Daniel Lena Marchiori Neto*
Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande-RS, Brasil

Caroline Ferri**
Universidade de Caxias do Sul, Vacaria-RS, Brasil

1. Introdução

Michael Joseph Oakeshott (1901-1990) é considerado um dos mais importantes filósofos conservadores do século passado, embora seja um nome quase desconhecido no meio acadêmico brasileiro. Egresso da tradicional Gonville and Caius College, em Cambridge, Oakeshott atuou como *fellow* da faculdade e professor assistente no Departamento de História. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, lecionou brevemente na universidade de Oxford até ser nomeado Professor Catedrático de Ciência Política na London School of Economics and Political Science (LSE), Londres, em 1951.

Dentre suas obras mais importantes, destacam-se *Experience and its modes* (1933), *Rationalism in politics and other essays* (1962), *On Human*

* Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), atuando nos cursos de Graduação em Relações Internacionais e de Mestrado em Direito e Justiça Social. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado estágio de doutoramento no Colorado College, EUA. E-mail: danielmarchiorineto@gmail.com.

** Professora Adjunta da Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: carolineferri@gmail.com.

Conduct (1975) e *On History and other essays* (1983). Como exímio erudito, Oakeshott escreveu sobre diversas temáticas, tendo tido grande destaque na teoria da história e na filosofia política. Sobre a contribuição de Oakeshott, Bhikhu Parekh considera sua obra uma proposta original em torno do conservadorismo, libertando-o das “tradicionalismas amarras da religião, historicismo, moralismo, hierarquia social e nacionalismo, ao mesmo tempo em que o reedificava sobre uma epistemologia cética e uma teoria da identidade humana rigorosamente construída”¹.

Este trabalho volta suas atenções para a filosofia política de Oakeshott. Mais especificamente, tem por objetivo analisar como o tema democracia se insere dentro do conceito de *associação civil*, categoria por ele designada para compreender o Estado Moderno. Este não é um desafio simples, visto que Oakeshott faz poucas menções ao termo *democracia* em suas principais obras, não demonstrando, aparentemente, uma preocupação rigorosa com o termo.

Entre alguns de seus principais comentadores, é possível notar pelo menos duas linhas de interpretação. A primeira vê a teoria da associação civil como uma teoria deliberativa da democracia². A outra observa a democracia na obra em Oakeshott como uma espécie de *ethos* que sintetiza a tradição liberal de moderação e respeito às liberdades públicas³.

A proposta deste artigo é avaliar uma terceira alternativa. Para isto, propõe um diálogo com a teoria da democracia de Joseph Schumpeter. Ao verificar a utilidade da teoria de Schumpeter como um possível referencial à democracia em Oakeshott, este trabalho busca ampliar a compreensão crítica a respeito do tema.

2. A democracia em Michael Oakeshott: um ponto em aberto

Esta seção divide-se em duas partes. Em um primeiro momento, será analisado o conceito de *associação civil*, utilizando como principais referências os textos *The Politics of Faith and The Politics of Scepticism*⁴ e *On Human Con-*

1 PAREKH, 1996, p. 7.

2 MINCH, 2007.

3 FEAVER, 2003.

4 OAKESHOTT, 1996.

*duct*⁵. Por fim, o tema da democracia na obra de Oakeshott será levantado, partindo de um breve estado de arte sobre a opinião de alguns de seus principais comentadores.

2.1 A teoria da associação civil

Michael Oakeshott argumenta que o que hoje se conhece por Estado Moderno comporta uma ambiguidade envolvendo dois estilos ou modos extremos sobre os quais é entendida a atividade de governar⁶. O surgimento desse Estado não se dá a partir de um rompimento completo com o passado. Tampouco houve qualquer evento histórico que indicasse o ponto de separação entre o período medieval e o estado moderno. Sua formação se dá de forma contínua, a partir da renovação das práticas herdadas desde o período medieval.

O caráter ideal desses estilos não implica nenhum estado de coisas a ser almejado. É *ideal* no sentido das características logicamente necessárias para identificá-los. Deste modo, o cenário das ideologias políticas está relacionado a dois aspectos do governo, sintetizados *idealmente* a partir dos seguintes questionamentos: (a) Quem deve governar e sob que autoridade?; e (b) O que deve o governo fazer?

O principal foco dessa ambiguidade não se concentra na primeira pergunta, uma vez que, para Oakeshott, a história política europeia tem sido consequentemente representada pela assertiva que as constituições são o instrumento que legitimam a autoridade de governo. As dificuldades ocorrem quando a segunda pergunta é respondida como uma consequência natural da primeira. Ou seja, o governo deve fazer aquilo que está previsto nas constituições. Uma vez resolvida a questão da autoridade, os objetivos estariam imediatamente definidos.

A ambiguidade do vocabulário político, e a sua correspondente ambivalência de condutas, devem ser distinguidas de uma mera corrupção da linguagem ou de uma eventual dissimulação por parte de governantes e escritores. Segundo Oakeshott, a origem disso se encontra em dois estilos de política, opostos e extremos, que ele denominou *política de fé* e *política*

5 OAKESHOTT, 1975.

6 *Id.*, 1996, p. 3.

de *ceticismo*⁷. Ambos os estilos dificilmente se encontram em sua forma pura, constituindo-se muito mais em tendências do que em doutrinas propriamente ditas. A realidade da moderna política europeia é marcada por uma confusão causada por tais estilos.

A *política de fé* é caracterizada pela incessante busca pela *perfeição* da humanidade. Como tal perfeição nunca está presente, deve ser buscada a qualquer custo, usando todo esforço humano que for preciso. A perfeição é a imposição de um único caminho a ser trilhado. É a criação de um estado de coisas, um propósito a ser compartilhado. A decisão que estabelece esse caminho é a percepção daquilo que o bem comum é, e não um expediente temporário para deixar as coisas fluírem⁸.

O agente responsável para assegurar a perfeição é o governo. Se utópico ou se visa a aprimorar a sociedade em apenas em um determinado rumo, tal estilo sustenta que somente o poder humano pode atingi-lo. Não apenas busca, mas supervaloriza este poder, deixando a cargo dos governantes uma competência quase ilimitada para conduzir a sociedade. Consequentemente, o estilo requer uma dupla confiança: a convicção de que o poder necessário é disponível ou pode ser gerado, e uma convicção que, mesmo que não se saiba exatamente o que constitui a perfeição, ao menos se sabe o caminho a ser percorrido⁹.

Neste estilo de política, o formalismo deixa de ser algo relevante. Governar é “uma boa aventura que não deve ser atormentada pela observância de regras”¹⁰. Como representante legítimo do interesse comum, cabe ao governo o dever de direcionar a conduta humana a partir de ações que estejam meticulosamente relacionadas para administrar e maximizar o propósito desejado.

O estilo que se opõe abstratamente à *política de fé* chama-se *política de ceticismo*. Essa oposição, conforme já explicitado acima, é de cunho meramente ideal. Ambos compõem tanto o complexo e ambivalente modo de governar quanto o igualmente complexo e ambíguo entendimento sobre o que significa propriamente o ofício de governar.

7 OAKESHOTT, 1996, p. 17.

8 *Ibid.*, p. 23.

9 OAKESHOTT, 1996, p. 24.

10 *Ibid.*, p. 29.

Ao contrário da fé, o ceticismo desconfia da capacidade humana em atingir a perfeição. Sustenta que o governo possui uma função específica: estabelecer e manter um sistema de direitos e deveres cujo propósito seja evitar conflitos e garantir a convivência pacífica¹¹. Resta aos indivíduos a oportunidade para realizar seus desejos e suas vontades da melhor forma possível, respeitando sempre os limites estabelecidos pelas regras gerais de conduta. Segundo Oakeshott, o ofício do governo, aqui, não é ser o arquiteto de um modo perfeito de vida, ou (como a fé prescreve) de um aprimorado modo de vida ou de qualquer modo de vida.

As afirmações da política de ceticismo acerca da atividade de governar não são baseadas numa doutrina sobre a natureza humana, mas sim através da leitura da conduta humana. O cético em política observa que os homens vivem em proximidade um com o outro e, cada um perseguindo várias atividades, estando aptos a entrar em conflito. E este conflito, quando atinge determinadas dimensões, não apenas pode tornar a vida bárbara e intolerável, como pode até terminar abruptamente. Neste entendimento da política, portanto, a atividade de governar subsiste não porque é boa, mas porque é necessária.

Logo, o governo possui um papel bastante limitado de atuação¹². Ele não pretende estabelecer o que é a verdade e nem conduzir a sociedade a um determinado rumo. Sua função é estabelecer um sistema genérico de direitos e deveres, procurando interferir o mínimo possível nas relações sociais.

Esta disposição sobre o papel do governo é chamada pelo próprio autor de *conservadora*. Seu *conservadorismo*, contudo, é assentado em bases muito distintas daquilo que o senso comum normalmente atribuiu. Ser conservador não significa fazer apologia ao passado ou a determinados valores, e tampouco se resume a contemplar a tradição pelo simples fato de ser tradição.

Ser conservador, no entender de Oakeshott, é uma disposição cética ligada à desconfiança sobre a concentração de poder e a necessidade de um governo autocontido¹³. O autor não entende que governo tenha a missão entusiasta de promover determinado projeto político peculiar, convocan-

11 OAKESHOTT, p. 79.

12 *Id.*, 1996, p. 75.

13 FULLER, 1991.

do seus súditos a unirem-se em torno deste fim. O ceticismo sugere uma desconfiança em torno de qualquer forma de perfeição ou destino da humanidade. Não se trata de insuflar as paixões e as crenças dos indivíduos, mas de reconhecer os perigos que tais sentimentos podem representar para a convivência social.

Por isso, o conservador prestigia as regras de conduta que impõem ordem sem direcionar qualquer cometimento. O valor de uma norma desta natureza está na facilidade com que é reconhecida pelos indivíduos no curso ordinário de suas vidas, sem impedir a realização dos anseios de cada um, mas moderando as ações mais invasivas.

As noções de *fê* e *ceticismo* são esboços preliminares que viriam a ser cuidadosamente revisados com a publicação de *On Human Conduct*. Neste livro, Oakeshott apresenta sua principal contribuição à teoria política: a *associação civil* e a *associação empresarial*, dois modelos teóricos que formam o Estado Moderno.

A distinção entre ambos está na maneira como os agentes se relacionam e se reconhecem entre si. Na linguagem oakeshotteana, toda ação ou escolha humana possui um atributo formal e substantivo. A substância de uma ação é a performance concreta pela qual alguém busca uma satisfação. A forma de uma ação é a maneira como a performance é praticada; é a ação em respeito ao reconhecimento de um procedimento. Este procedimento é aquilo que Oakeshott denomina *prática*:

uma lista de considerações, maneiras, usos, observâncias, costumes, padrões, cânones, máximas, princípios, regras e ofícios que especificam procedimentos úteis ou denotam obrigações ou deveres que estejam relacionados às ações ou expressões humanas¹⁴.

Uma prática é classificada como *instrumental* quando há alguma finalidade a ser alcançada (*substância*), e o procedimento (*forma*) indica meramente a conveniência ou a utilidade designadas a promover este propósito. Uma igreja, por exemplo, pode ter como objetivo louvar a palavra do Senhor; todas suas regras e cânones, tais como rezar ave-marias, não cobiçar a mulher alheia ou pagar o dízimo são sempre compreendidos como modos de maximizar aquele propósito. São, portanto, práticas *instrumentais*.

14 OAKESHOTT, 1975, p. 55.

Por outro lado, Oakeshott admite a existência de uma prática *não-instrumental*¹⁵. Isto ocorre quando não há nenhum propósito extrínseco. Neste caso, o procedimento trata apenas de condições a serem subscritas pelo agente nas suas escolhas e ações – provê apenas os meios para a consecução de um grande número de diferentes propósitos que, em sua totalidade, ninguém conhece.

Para tornar ilustrativa esta diferença, tome-se como exemplo um manual de instruções de um aparelho e as regras de um jogo de xadrez. No primeiro caso, o manual contém regras instrumentais, que indicam o procedimento correto de instalação de um determinado aparelho, especificando as etapas e os cuidados. No caso das regras de xadrez, não há propósito extrínseco, nenhuma finalidade a ser atingida, mas somente a definição das regras de conduta dos jogadores: cada participante movimenta somente uma peça por vez, o bispo move-se apenas na diagonal, o peão não pode movimentar-se para trás, etc. A estratégia de cada jogador e a decisão que ele toma ao longo da partida, neste sentido, são indiferentes para as regras do xadrez em si. Esta indiferença quanto aos propósitos é o que caracteriza a não-instrumentalidade.

Voltando à classificação de Oakeshott, a *associação empresarial* é um modo pelo qual os agentes se vinculam através de um propósito substantivo, tais como “apagar incêndios, barganhar para benefício mútuo ou garantir a prosperidade e defesa coletivas”¹⁶. Os indivíduos se reconhecem como parceiros num mesmo empreendimento. É justamente a existência deste propósito que define e caracteriza a associação.

Na *associação civil*, por outro lado, não há propósito comum. Ela não é meramente imparcial, mas sim *indiferente* a qualquer propósito. Não prescreve comandos nem escolhas, não compele os agentes a agirem de uma determinada maneira. Simplesmente estabelece condições que os agentes devem levar em consideração quando decidem agir para buscar seus propósitos pessoais¹⁷. Os agentes são livres para fazer suas escolhas, mas

15 Vale destacar que Oakeshott refere-se à não-instrumentalidade como sinônimo de *moralidade*. A *moral*, não é, portanto, uma espécie de prática instrumental ou prudencial. *Moral* é todo procedimento que prescreve obrigações ou deveres que se constituem apenas meios para atingir propósitos e não propósitos em si. Há várias formas de *moralidade*: costumes, regras de um jogo, códigos de etiqueta, legislação criminal, gramática, entre outras.

16 MAPEL, 1990, p. 395.

17 OAKESHOTT, 1975, p. 147.

devem ter o cuidado de subscrevê-las às restrições impostas pelas regras gerais a que estão vinculados.

Em outras palavras, na associação civil os indivíduos não se identificam por interesses pessoais ou em razão de um projeto coletivo. A única coisa que compartilham é a sujeição à mesma autoridade legal, à mesma linguagem normativa. É por esta razão que Oakeshott considera a associação civil um tipo de associação puramente formal, baseada apenas no reconhecimento da mesma autoridade e não em propósitos compreensivos¹⁸.

Uma observação importante, aqui, diz respeito ao modo como é entendida a atuação do governo em cada uma destas formas. Na associação empresarial, ele é o agente responsável por gerenciar o propósito comum que dá origem à associação. Coordena as ações dos indivíduos, usando de todo o poder possível para maximizar este objetivo. Por outro lado, na associação civil, o governo não persegue nenhum propósito, porque não há finalidades a promover. Cabe a ele o papel de *manter a ordem*, ou seja, fazer com que as leis sejam rigorosamente subscreitas pelos indivíduos, assegurando uma vida pacífica e segura para todos.

Oakeshott denomina *respublica* o interesse público, as considerações contingentes a respeito do que é certo/errado, conveniente/inconveniente, justo/injusto dentro da associação civil. As regras que decorrem da *respublica* formam o sistema de direitos e deveres decorrentes das relações interpessoais, estabelecendo limites às ações dos agentes¹⁹. Em outras palavras, são *regras gerais de conduta*, em que os particulares têm o dever de subscrever quando agem privadamente buscando satisfazer seus próprios interesses.

Um exemplo típico são as leis de trânsito: elas não ditam onde a pessoa deve ir e quando ela deve viajar, mas apenas descrevem condições a serem observadas pelos motoristas e pedestres quando estes saem às ruas – o sinal vermelho em um semáforo indica que o carro deve parar, as placas de sinalização orientam o caminho preferencial, etc.

A designação de quais regras compõem ou não a *respublica* é aquilo que Oakeshott entende por *política* na associação civil: a deliberação sobre a conveniência de uma regra da relação civil. Não deve ser confundida com o *ato de legislar*. *Política* é um exercício intelectual deliberativo, que envolve persuasão e diálogo sobre uma regra atual ou mesmo uma eventual regra

18 MAPEL, 1992, p. 78.

19 OAKESHOTT, 1975, p. 155.

futura²⁰. *Legislar* é um expediente autoritativo, formal, em que a conclusão resulta uma produção normativa compulsória a todos os cidadãos.

Dois pontos merecem ser destacados aqui. Em primeiro lugar, o exercício de escolha contingente recai sobre uma das regras gerais de conduta. Embora o universo de escolhas seja potencialmente ilimitado, há uma exclusão material do conteúdo destas normas. Sendo *regras gerais de conduta*, sua fórmula elimina, em princípio, a deliberação sobre finalidades da associação e a equalização de termos cooperativos entre os indivíduos. Oakeshott é muito claro neste ponto:

Há, é claro, muito mais que isso necessariamente exclui, e tenho notado algumas delas já: planos benevolentes para a melhoria geral da humanidade, para diminuir a discrepância entre desejos e satisfações ou para a melhoria moral não pode, como tal, ser propostas políticas. Mas, aproximando-se do assunto, as propostas de concessão de benefício ou vantagem para determinados interesses individuais ou corporativos sob o prisma do mérito, do poder de barganha ou qualquer outra suposta propriedade de tais interesses claramente não podem ser propostas políticas. E tais alegações não são meramente contingente excluído do discurso político; estão necessariamente excluídos pelo caráter de *respublica*²¹.

Direitos sociais e programas assistencialistas, por serem *instrumentais* (ou seja, possuem uma finalidade compreensiva), estariam, em um primeiro momento, excluídos do processo de deliberação. Como afirma Oakeshott, a associação civil “não assa pão algum, é incapaz de distribuir pães ou peixes (porque não tem nenhum)”²².

O outro ponto diz respeito à análise institucional do mecanismo deliberativo da associação civil. Do ponto de vista do responsável pela elaboração das normas, ou seja, dos legisladores, surge uma dúvida: a associação

20 OAKESHOTT, 1975, p. 165.

21 *Ibid.*, p. 168-169. Tradução livre de: “There is, of course, much that this necessarily excludes, and I have noticed some of it already: benevolent plans for the general betterment of mankind, for diminishing the discrepancy between wants and satisfactions or for moral improvement cannot, as such, be political proposals. But, coming closer to the matter, proposals for awards of benefit or advantage to ascertainable individual or corporate interests claimed on account of the merit, the bargaining-power, or any other alleged property of such interests clearly declare themselves not to be political proposals. And such claims are not merely contingently excluded from political discourse; they are necessarily excluded by the character of *respublica*”

22 OAKESHOTT, 1999, p. 178.

civil é uma estrutura democrática? Oakeshott elabora uma teoria sobre a democracia em suas obras?

2.2 A teoria da associação civil é democrática?

A palavra *democracia* aparece em poucas passagens na obra de Michael Oakeshott, quase sempre de modo periférico. O autor, aparentemente, não demonstrou a preocupação em desenvolver uma teoria democrática de forma sistematizada. Por outro lado, o tema, sem dúvida, aguça a curiosidade de muitos comentadores.

A primeira linha de interpretação corresponde à democracia deliberativa. De acordo com Gutmann & Thompson, a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar as decisões pelos cidadãos e seus representantes²³. Ambos são elementos imprescindíveis para fundamentar leis impostas coercitivamente. No processo democrático, líderes têm o dever de atribuir *razões* a suas decisões e responder às razões que os cidadãos contrapõem.

Embora prefira a expressão *democracia discursiva*, Michael Minch reforça a visão deliberativa da associação civil²⁴. Para ele, a relação de civilidade busca responder à questão de como as pessoas podem estar relacionadas de modo que as restrições de conduta respeitem o espaço de individualidade. A democracia seria um caminho pelo qual os indivíduos refletem sobre a melhor relação entre esses dois valores. Neste sentido:

Dada a sua profunda valorização das pessoas como agentes, individualidade, liberdade, discurso e contingência são ondas que se apressam em direção de uma robusta democracia participativa e deliberativa; e não existem razões para que os oakeshottianos se oponham a isso. Os democratas deliberativos apelam para incursões criativas, otimistas, inovadoras, corajosas em direção a um futuro onde todas as pessoas possam ser livres e iguais²⁵.

23 GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 1.

24 MINCH, 2007, p. 359.

25 *Ibid.*, p. 365. Tradução livre de: "Given his profound valuation of persons as agents, individuality, freedom, discourse, and contingency, these are waves that rush toward robust participatory and deliberative democracy; and no Oakeshottian reasons exist to construct a levee against them. Deliberative democrats call for creative, optimistic, innovative, and even courageous forays into the future where all persons find their free and equal status honored".

As condições morais mais relevantes (o que é permitido ou proibido em termos de regras de conduta) são decididas em um amplo processo discursivo, baseado não em um debate racional de doutrinas, mas através de um diálogo persuasivo entre os cidadãos. Por esta razão, ele enxerga em Oakeshott uma sensibilidade absolutamente profícua à democracia deliberativa.

A importância do diálogo e da deliberação compartilhada pelos cidadãos é um elemento inegável na teoria oakeshottiana²⁶. A *não-instrumentalidade* da associação civil reforça o compromisso com o pluralismo, oferecendo mais razões ainda à interpretação deliberativa. Isto porque, numa sociedade plural, a inexistência de um projeto coletivo oficial respeita as diferenças e possibilita às minorias garantias de proteção.

Por outro lado, Chantal Mouffe, demonstra maior cautela sobre a política democrática em Oakeshott²⁷. Sua grande crítica reside no conteúdo da *respublica*, ou seja, o fato de que apenas regras gerais de conduta podem ser legítimos objetos de deliberação política. O problema não está, pois, no modelo de associação civil, que ela considera uma forma bastante adequada para compreender a associação política. O que ela contesta é o suposto uso conservador que Oakeshott faz ao diferenciá-la da associação empresarial.

Mouffe considera perfeitamente justificáveis elementos excluídos por Oakeshott da *respublica*, como uma ampla intervenção dos governos nos assuntos econômicos. Sua crítica volta-se à negação da dimensão política que Oakeshott impõe à *respublica*, reduzindo-a a uma forma de consenso sobre sua autoridade:

“é necessário reconhecer que a *respublica* é um produto de uma determinada hegemonia, a expressão de relações de poder, e que isso pode ser contestado. A política é uma grande extensão sobre as regras da *respublica* e suas muitas possíveis interpretações”²⁸.

Sem uma radicalização de seu conteúdo, a associação civil seria apenas uma versão sofisticada do velho liberalismo econômico, preocupado apenas com os direitos civis e as garantias da economia de mercado.

26 MINCH, 2007, p. 366.

27 MOUFFE, 1992, p. 234.

28 *Ibid.* Tradução livre de: “To introduce conflict and antagonism into Oakeshott’s model, it is necessary to recognize that the *respublica* is the product of a given hegemony, the expression of power relations, and that it can be challenged. Politics is to a great extent about the rules of the *respublica* and its many possible interpretations”.

As possibilidades reduzidas de atuação governamental em políticas públicas e na promoção da justiça social estão muito claras na obra de Oakeshott. Mouffe está certa quando afirma que a associação civil foi desenhada com base na tradição liberal. Por outro lado, o tema da democracia pode assumir um papel importante na obra de Oakeshott. Não como uma expressão *deliberativa* nos termos de Gutmann & Thompson²⁹, mas como *ethos*, a síntese de um conjunto de valores e crenças que definem uma tradição de comportamento.

Para George Feaver, a democracia tem sido ardorosamente defendida como a melhor das *formas de governo*³⁰. Não há, de fato, como negar a importância e as virtudes do processo democrático. O problema é que analisar a democracia apenas como uma forma abstrata, desconectada da relação com o *ofício do governo*, não seria apenas um pensamento confuso, mas um potencial perigo para a liberdade³¹.

Feaver acredita que, para Michael Oakeshott, a forma da democracia, quando combinada a uma política do individualismo, tem o potencial de ser um regime de liberdade adequado às circunstâncias e exigências de uma sociedade pluralista e tolerante. Todavia, “quando combinado com uma política de coletivismo, a democracia é potencialmente o pior dos regimes, uma espécie de monarquia absoluta invertida com uma quantidade sem precedentes de poder em seu comando”³².

A teoria da associação civil, aos olhos de George Feaver, é compatível com valores democráticos nos seguintes termos:

A ideia de educação política sob um regime de democracia representativa será fornecer uma introdução à aprendizagem liberal adequada ao cultivo das virtudes morais da individualidade. Isto significa transmitir às gerações seguintes a vívida lembrança de sua herança, nada menos que a característica marcante da civilização liberal, algo para amar e, se necessário, morrer por, abrindo caminho para a indução das futuras gerações para as bênçãos de seu modo de vida e de um caráter adequado a suas circunstâncias. Por baixo, isto acarreta a pronta aceitação pelos associados da autoridade do governo, uma

29 GUTMANN; THOMPSON, 2004.

30 FEAVER, 2003, p. 6.

31 *Ibid.*, p. 7.

32 *Ibid.*, p. 9.

vez que se comprometem com a modesta, porém importante, atividade de governar; por cima, a autocontenção no exercício do poder³³.

Esta passagem é bastante significativa. Por um lado, Feaver acredita que o caráter não-instrumental e o respectivo formalismo não induz a um esvaziamento da atividade política. Pelo contrário, associação civil é compreendida pelos cidadãos como um espaço de aprendizagem, tolerância, diálogo e participação a ponto de tornar-se um *modus vivendi* a ser transmitido para as gerações futuras.

Dentro deste raciocínio, a democracia é considerada uma espécie de *tradição* vinculada à individualidade, ao império da lei e às liberdades públicas. Isto demanda, por sua vez, uma limitação necessária do conteúdo das regras da associação. A radicalização das regras da *respublica*, para usar os termos de Mouffe, colocaria em risco o regime de liberdade individuais.

Neste ponto, George Feaver lembra que, para Oakeshott, “um bom tipo de democracia é aquele que pressupõe uma civilização e que cultiva a sociabilidade, que aceita a autoridade do estado e pratica uma autocontenção da política”³⁴. Portanto, é possível concluir que o elemento democrático que emerge da associação civil é uma espécie de *ethos*, cuja principal característica é o elogio da moderação.

3. O diálogo com a teoria da democracia de Joseph Schumpeter: limites e possibilidades

Esta seção tem por objetivo analisar a utilidade da teoria da democracia de Schumpeter como referencial para a construção democrática da associação civil de Michael Oakeshott. O raciocínio será dividido em duas partes. Primeiro, a ideia schumpeteriana de democracia como método de decisão

33 *Ibid.*, p. 60. Tradução livre de: “The idea of political education under a regime of representative democracy will be to provide an introduction to liberal learning appropriate to the cultivation of the moral virtues of individuality.⁴⁹ And this will mean imparting to rising generations of associates a vivid remembrance of their living inheritance, nothing less than a metaphoric capital of liberal civilization, something to love and, if need be to die for, paving the way for the induction of future generations into the blessings of their way of life and of a character appropriate to their circumstances. From below, what this entails is the ready acceptance by associates of the authority of government as it engages in its narrow but important province of governing; and from above, self-restraint in the exercise of power”.

34 FEAVER, 2003, p. 61. Tradução livre de: “a good type of democracy is one that presupposes a civilization and that cultivates sociability, that accepts the authority of the state and practices a self-restraining politics”.

será apresentada de forma sucinta, destacando apenas seus principais elementos. Logo após, serão feitas considerações sobre um possível diálogo entre os autores.

3.1 Democracia como método de decisão

Joseph Schumpeter (1883-1950) é um dos economistas mais influentes do século XX, essencialmente por sua teoria sobre os ciclos econômicos. Para ele, o fator que possibilita a expansão de uma economia em estado de equilíbrio é o surgimento de alguma inovação. Nesse cenário, a figura do empresário inovador é central para a compreensão do desenvolvimento econômico.

No campo da teoria política, Schumpeter escreveu, em 1942, um interessante livro intitulado *Capitalism, Socialism and Democracy*, no qual põe à prova a doutrina contratualista clássica acerca da democracia representativa. Para ele, esta tradição peca essencialmente por tratar a democracia a partir de falsas premissas como *bem comum* e *vontade do povo*. Este livro foi considerado uma obra fundamental na esfera da política justamente por revisitar um dos pilares clássicos da teoria democrática. Para o autor, a forma de ver a democracia deve ser *realista*, ou seja, o seu conceito deve ser fundado em condições reais do processo democrático. Isso significa, portanto, considerar o conceito de democracia para além das definições estruturantes clássicas e refletir acerca deste a partir da própria realidade contemporânea.

A definição dada por Schumpeter para a democracia é de que esta se trata de um

[...] método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si mesmo, sem relação com as decisões que produzirá em determinadas condições históricas. E justamente este deve ser o ponto de partida para qualquer tentativa de definição³⁵.

Schumpeter, portanto, atribui significado ao termo *método político*, indicando por quem e como as decisões em geral na esfera política são toma-

35 SCHUMPETER, 1961, p. 291.

das. A partir daqui o autor começa a expor os elementos do que ele define como teoria da democracia clássica. Inicia expondo os aspectos essenciais desta tese, qual sejam, o bem comum e a vontade geral. Depois, procura demonstrar a fragilidade destas duas concepções para, por fim, questionar os motivos pelos quais essa teoria resistiu no tempo e acabou por continuar a ser utilizada para dar o sentido de democracia.

Inicialmente, destaca que a definição dada de democracia pressupõe a existência de um bem comum, algo aceito de modo racional pelos indivíduos membros da comunidade estatal. Também aponta para a necessidade de o povo admitir, ao menos em princípio, a presença de uma vontade comum, que corresponde ao bem comum, interesse ou estado de felicidade.

O primeiro ponto que Schumpeter destaca é a inexistência de um bem comum previamente determinado e aceito pelo povo, ou que uma argumentação racional seja capaz de convencer a totalidade dos indivíduos acerca desse bem. Ora, o bem comum pode significar muitas coisas, e seria difícil, senão impossível, atingir um consenso acerca deste elemento³⁶.

Outro grande problema que Schumpeter aponta é justamente a indefinição do conceito de vontade do povo³⁷. Este, conforme adotado pelos utilitaristas, pressupõe um conhecimento de um bem tal que seja inequívoco e determinado e que possa ser compreendido por todos.

A ideia que Schumpeter defende é precisamente a elaboração de conceitos mais realistas acerca da democracia contemporânea, que levem em conta elementos efetivamente existentes, e não abstrações que são impossíveis de serem realizadas. Nesse caminho, Schumpeter aponta que, embora seja possível surgir alguma forma de vontade comum num processo democrático, estes resultados seriam carentes de uma unidade e de uma sanção racional.

Em suma, Schumpeter pretende demonstrar que as ideias de bem comum e vontade do povo são mitos criados por uma ideologia racionalista. Para ele, é absurdo crer que o povo tenha opiniões racionais sobre cada problema e que a função de seus representantes é levar essas opiniões às câmaras legislativas³⁸. Uma democracia, para ser entendida como *governo do povo*, sem construções ideais e mitos, portanto, somente é possível de

36 SCHUMPETER, 1961, p. 305.

37 *Ibid.*, p. 321.

38 BACHRACH, 1973, p. 45.

existir através do mecanismo direto. Ou seja, para o *povo* governar, é necessário contabilizar a opinião de cada indivíduo sobre cada decisão política.

Ao reduzir a democracia a um método de tomada de decisão (a luta competitiva pelo voto e a respectiva formação de líderes), Schumpeter acaba por subtrair dela qualquer compromisso ideológico com a promoção de valores ou ideais. O método democrático não é bom em si mesmo, e tampouco uma garantia de que, seguido à risca seu procedimento, os resultados serão sempre desejáveis.

O sucesso ou insucesso de um regime numa democracia representativa dependem de uma série de fatores contingentes³⁹. Dentre eles o principal está na virtude e competência das lideranças aprovadas através do voto. Sem dúvida, a democracia é um sistema que apresenta inúmeros riscos. Todavia, a teoria de Schumpeter, aqui rapidamente resumida, tem justamente o objetivo de descrever a democracia, segundo ele, de forma mais realista possível, sem recorrer a abstrações filosóficas que acabam por mascarar sua prática nos regimes liberais.

3.2 Schumpeter e Oakeshott: um diálogo possível?

As interpretações de Michael Minch e Geoger Feaver sobre o caráter democrático da obra de Oakeshott, expostas na seção 2.2 deste artigo, apresentam um ponto em comum: o caráter não-instrumental da associação civil exige grande esforço no sentido de autocontenção da atividade política. Enquanto Minch destaca a importância do diálogo no processo deliberativo, Feaver enfatiza o papel tradicional da democracia na conservação dos valores de individualidade e império da lei.

A teoria da democracia de Schumpeter é diametralmente oposta a estas interpretações. Oakeshott vê a prática da civilidade como um espaço lúdico, em que a disposição para dialogar é mais importante do que vencer uma discussão⁴⁰. Schumpeter, por sua vez, desconfia das reais possibilidades de um diálogo genuíno. Numa democracia representativa, onde há competição por espaços de poder, os adversários desejam a vitória acima de tudo. O debate inevitavelmente preponderará sobre o diálogo.

39 SCHUMPETER, 1961, p. 345.

40 OAKESHOTT, 1996, pp. 110-111.

A democracia como uma tradição de valores liberais, por sua vez, recai no problema do abstracionismo. Schumpeter critica a noção de democracia como a busca do *bem-comum* justamente porque a vagueza e ambiguidade deste conceito impossibilita uma definição clara do efetivo escopo da democracia⁴¹. A mesma situação ocorre com os conceitos de *individualidade*, *tolerância* ou *império da lei*.

Assim sendo, a primeira impressão acerca de um possível diálogo entre os autores é de que ambos possuem preocupações distintas. Schumpeter procura definir a democracia representativa como uma *forma de governo* caracterizada por uma espécie de mercado eleitoral. Já Oakeshott não está interessado na *forma de governo*, mas sim no *ofício do governo*⁴². Isto gera pelo menos duas divergências teóricas fundamentais.

Primeiro, ao definir política como a deliberação sobre a conveniência das regras gerais de conduta, em nenhum momento Oakeshott descreve especificamente a maneira como esta deliberação deverá ser realizada. Sendo a associação civil uma construção teórica e não uma descrição real de algum modelo de Estado existente, nada impede pensar a associação civil fora dos parâmetros de uma democracia direta ou indireta. Não há, teoricamente, nenhum óbice para que regimes monárquicos ou aristocráticos possam constituir-se através da prática da civilidade. Logo, a preocupação de Oakeshott com a associação civil não é adotar uma definição restrita da democracia como um simples método de decisão, tal como Joseph Schumpeter.

Em segundo lugar, Oakeshott está demasiadamente preocupado com a relação entre a autoridade do governo e o papel desempenhado por ele. A associação civil é aquela em que os agentes estão vinculados unicamente pelo reconhecimento da mesma autoridade. O que os cidadãos compartilham não são projetos coletivos ou barganhas mútuas, mas sim uma linguagem comum de regras. Embora o poder do governo seja potencialmente ilimitado, sua atuação é restrita à manutenção do sistema legal, sob o risco de a civilidade cessar.

Já para Schumpeter, uma democracia se refere à dinâmica entre políticos profissionais e eleitores. Uma vez eleitos, aqueles que detêm a autoridade podem desempenhar absolutamente qualquer papel. A autoridade não gera, necessariamente, qualquer constrangimento ou autocontenção.

41 SCHUMPETER, 1961, p. 321.

42 FEAVER, 2003, p. 7.

Ainda que as diferenças teóricas entre ambos os autores sejam marcantes, o diálogo pode ser profícuo em um determinado aspecto. John Horton assinala que a política de ceticismo encontra grandes dificuldades de ser concretizada no espaço da associação civil, tendo em vista o caráter restrito das regras gerais de conduta⁴³. Qualquer forma de atuação governamental no sentido de promover políticas sociais é vista como uma maneira de perseguir finalidades específicas. Sendo a associação civil *desprovida* de propósitos, este intervencionismo seria uma política de fé.

Por outro lado, Horton argumenta as diferenças entre as políticas de fé e de *ceticismo* podem ser bastante tênues em alguns casos. Modalidades mais amenas da *política de fé*, como as aspirações sociais democráticas, poderiam perfeitamente compor o universo da *respublica*. Isto seria inclusive uma condição para tornar a associação civil compatível com a democracia moderna:

Esta é outra área onde a tendência de Oakeshott de dissertar sobre o ofício do governo é de tal modo anacrônica que, embora um dia possa ter sido apropriada, quando governar era prerrogativa de uma classe política tradicional ou de uma administração colonial, por exemplo, hoje seria considerada uma forma de despolitizá-lo, estando fora de contato com as condições de uma democracia moderna. Em particular, leva-o a ignorar o fato de que, nas sociedades democráticas modernas, os governos têm de ser eleitos; o fato de ganhar e manter-se no poder depende da opinião pública e o sucesso eleitoral apresenta dificuldades próprias para a política de ceticismo⁴⁴.

O quadro descrito por John Horton corresponde justamente à realidade da democracia representativa de Schumpeter. Embora na maior parte do tempo os indivíduos se comportam como espectadores da atividade política, há momentos em que são convocados diretamente a se manifestar nas urnas. Isto deve ser levado em consideração, pois, como bem lembra

43 HORTON, 2005, p. 33.

44 *Ibid.* Tradução livre de: "This is another area where Oakeshott's tendency to write about governing in a way that might once have been appropriate, when it was the prerogative of a traditional political class or of a colonial administration for instance, but which effectively depoliticizes it, is out of touch with the conditions of a modern democracy. In particular, it leads him to ignore the fact that in modern democratic societies governments have to be elected; and the fact that the winning and maintaining of power depends upon public opinion and electoral success presents difficulties of its own to the politics of scepticism".

Schumpeter, o ciclo eleitoral gira em torno da conquista dos votos de uma grande massa de cidadãos. A opinião pública, neste sentido, pode criar um viés decisivo em favor da política de fé em detrimento da associação civil.

4. Considerações finais

A obra de Michael Oakeshott é ainda pouco debatida no meio acadêmico brasileiro. Um dos fatores que provavelmente interferem em sua difusão é a quase inexistência de obras traduzidas para língua portuguesa. Este trabalho, em certa medida, procurou sistematizar pontos importantes da teoria política de Michael Oakeshott no que tange à emergência do estado moderno, tentando suprir esta lacuna, ainda que de forma muito modesta.

Por outro lado, este não é um trabalho de síntese, mas sim de investigação. Ao delimitar seu objeto na perspectiva democrática da associação civil, descobriu-se um tema bastante controverso entre alguns dos principais comentadores. Autores como Michael Minch e George Feaver, por exemplo, são bastante entusiastas desta possibilidade. Minch acredita que Oakeshott descreve um modelo deliberativo de democracia, enquanto Feaver relaciona a democracia em Oakeshott à tradição liberal de moderação, individualidade e respeito às liberdades públicas. Com vistas a problematizar esta questão, o artigo aventou uma terceira hipótese: seria a associação civil compatível a teoria da democracia de Joseph Schumpeter?

O diálogo entre os autores mostrou que ambos possuem preocupações distintas. Schumpeter procura definir a democracia representativa como uma *forma de governo* caracterizada por uma espécie de mercado eleitoral. Oakeshott, por sua vez, não está interessado na *forma de governo* especificamente, mas sim no papel que o governo desempenha dentro da comunidade. Nestes termos, defende um governo bastante comedido ao intervir nas relações sociais, sendo a política uma atividade cética e autocontida.

A teoria democrática de Schumpeter, portanto, não serve como um instrumental teórico útil para compreender o processo de deliberação dentro da associação civil. Isto não significa que suas considerações sobre a dinâmica da democracia representativa não devam ser levadas em conta para os estudiosos de Oakeshott. Pelo contrário. Os questionamentos sobre a legitimidade do Estado e as demandas por maior intervenção social compõem a tônica da democracia moderna. Ignorar estes elementos compromete a importância da teoria da associação civil.

Referências Bibliográficas

- BACHRACH, Peter. *Crítica de la Teoria Elitista de la Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Amorroutu, 1973.
- FEAVER, George. *Michael Oakeshott on Representative Democracy: Politics, Popular Government and Regimes of Liberty*. Second Plenary of the Michael Oakeshott Association, 2003.
- FULLER, Timothy. Oakeshott's rationalism in politics today. In: OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics and other essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- MAPEL, David. *Civil Association and the Idea of Contingency*. In: *Political Theory*, vol. 18, n. 3, p. 392-410, 1990.
- _____. Purpose and Politics: can there be a Non-Instrumental Civil Association? *The Political Science Reviewer*, vol. 21, n. 1, p.63-80, 1992.
- MINCH, Michael Louis. *The discursive democratic theory of Michael Oakeshott*. 2007. 401f. Tese (Doutorado em Ciência Política), Departamento de Ciência Política, University of Utah, Salt-Lake City, 2007.
- MOUFFE, Chantal. Democratic Citizenship and the Political Community. In: MOUFFE, Chantal (Org.). *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship and Democracy*. Londres: Verso, 1992.
- OAKESHOTT, Michael. *On History and other essays*. Indianápolis: Liberty Fund, 1999.
- _____. *On Human Conduct*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- _____. *The Politics of Faith and the Politics of Scepticism*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- _____. *Rationalism in Politics and other essays*. Indianápolis: Liberty Fund, 1991.
- PAREKH, Bhikhu. Algunas reflexiones sobre la filosofía política occidental. *La Política: Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, n. 1, 1996.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

Recebido em 5 de fevereiro de 2015

Aprovado em 14 de julho de 2015

O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político*

The Supreme Individuals: how Brazilian Supreme Court Justices can directly influence the political process

Diego Werneck Arguelhes**

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Leandro Molhano Ribeiro***

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

Nos últimos anos, paralelamente ao crescente reconhecimento do STF como um ator independente na formulação de políticas públicas, ampliaram-se os estudos sobre o processo interno de tomada de decisão do tribunal¹. Tanto do ponto de vista descritivo, quanto do normativo, há muito a ser ganho com essa perspectiva. Afinal, é também no procedimento colegiado que se forma a posição de cada Ministro e, ao final, é da soma dessas posições individuais que surge a posição do tribunal². Compreender a dinâmica interna do STF como arena de ação, na qual diferentes posições sobre o

* Os autores gostariam de agradecer a Thomaz Pereira, Gabriel Dolabella, Júlia Brandão e Luna Barroso pela leitura e comentários a uma versão anterior deste artigo.

** Doutor em Direito pela Universidade Yale (EUA). Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: dwarguelhes@gmail.com.

*** Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM. Professor da FGV Direito Rio. E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br.

1 Ver, p.ex., Oliveira, 2012a; e Oliveira, 2012b. Ver também Taylor, 2008.

2 Existem, porém, críticas sistemáticas quanto à possibilidade de se tratar as decisões do STF como uma construção verdadeiramente colegiada. As várias dimensões desse problema, do processo de deliberação dos Ministros à redação dos votos e acórdãos, tem sido objeto de análise por diversos autores (ver, p.ex., MENDES, 2012; SILVA, 2013; e VOJVODIC et al., 2009).

direito se relacionam nos votos dos(as) Ministros(as), é fundamental para a compreensão de como o tribunal participa do processo decisório nacional³. O foco analítico no processo decisório interno do STF, porém, ainda que importante, contém seus próprios pontos cegos. Em especial, não se pode perder de vista a possibilidade de que, no marco institucional vigente, ações *individuais* dos(as) Ministros(as) do STF possam produzir efeitos sobre o processo político. O objetivo deste artigo é mapear conceitualmente esse tipo de ação, identificando alguns exemplos na prática decisória do tribunal. Embora cada Ministro(a) possa participar do processo político nacional como parte de um colegiado, apontamos para caminhos institucionais de ação individual pelos quais esse(a) Ministro(a) pode influenciar o comportamento de atores externos ao tribunal.

Na seção 2, discutimos conceitualmente a categoria dos poderes individuais dos Ministros a partir de um marco teórico da análise institucional. Na seção 3, para ilustrar a existência e o funcionamento dessa categoria de análise, discutiremos três formas concretas de poderes individuais de que os Ministros do STF dispõem no arranjo institucional vigente no país – a antecipação de posições na imprensa, o uso de pedidos de vista de longa duração e o uso de decisões monocráticas para avançar posições jurisprudenciais. Cada um desses poderes abre aos Ministros um leque de ações que podem incentivar certos comportamentos por parte dos atores políticos e sociais externos ao tribunal. Na seção 4, apontamos e discutimos algumas implicações da existência desses poderes individuais para estudos sobre judicialização da política e comportamento judicial. Do ponto de vista descritivo, lançamos algumas hipóteses sobre os possíveis efeitos da convivência entre ações individuais e processo decisório colegiado ao longo do tempo. Do ponto de vista normativo, uma nova e problemática agenda surge quando se reconhece a possibilidade de que uma ação judicial internamente minoritária (isto é, uma ação que não expressa a preferência da maioria dos Ministros) produza resultados externamente contra-maioritários. Se, em certas condições, a força do STF pode ser mobilizada sobre a política a partir de ações puramente individuais, várias premissas que sustentam os debates nacionais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional precisariam ser reexaminadas.

3 RIBEIRO; ARGUELHES; PEIXOTO, 2009. Uma “arena de ação” é um espaço de interação entre atores, de troca de bens e serviços, resolução de problemas e conflitos. Ver OSTROM et al., 2014.

2. Instituições, regras e arenas decisórias

Os estudos sobre “judicialização da política” no Brasil oferecem diversas evidências de que o STF se configura, em determinados casos, como uma espécie de “arena de contestação”, na qual atores políticos e sociais expressam interesses e se contrapõem a políticas públicas elaboradas e implementadas pelas diferentes esferas de governo⁴. Alguns estudos dão um passo adiante e mostram que, em alguns casos, o STF se apresenta como um verdadeiro ator do processo decisório, exercendo influência direta no resultado final da produção legislativa iniciada nos poderes Executivo e Legislativo⁵. Nessa perspectiva, o STF é incorporado no arranjo institucional da democracia brasileira em pelo menos dois níveis. Primeiro, (i) como parte do cenário institucional, o tribunal é fonte de estímulos e restrições às interações que ocorrem no processo decisório entre os diversos atores políticos e sociais; e segundo, (ii) o próprio tribunal se configura como importante ator no próprio processo político decisório. Em ambos os níveis, o debate parte de premissas típicas de abordagens institucionais que se tornaram convencionais na literatura de ciências sociais a partir dos anos 1980⁶. Afirmar que as “instituições importam” para explicar o comportamento de atores (coletivos ou individuais) significa dizer que regras vigentes configuram o processo de tomada de decisão, facilitando ou dificultando a consecução dos objetivos de tais atores⁷.

4 Ver TAYLOR, 2007; *Id.*, 2008; VIANNA et al., 1999; e *Id.*, 2007.

5 TAYLOR, 2007. Na passagem entre o reconhecimento do STF como *arena de veto* e do STF como *ator com poder de veto*, a ideia de “Supremocracia”- o crescente poder do tribunal de resolver, em última instância, conflitos políticos e morais -- talvez seja o diagnóstico mais incisivo sobre a posição do STF no processo político decisório brasileiro. Ver VIEIRA, 2008. Apesar de diagnósticos como esses, porém, parte da literatura relevante sobre o processo decisório democrático brasileiro não incorporou o tribunal em suas análises, detendo-se, exclusivamente, nas relações entre executivo e legislativo. Ver, por exemplo, FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007; MOISÉS, 2011; e PEREIRA, 2003.

6 Ver HALL; TAYLOR, 1996.

7 WEAVER; ROCKMAN, 1993. Instituições, no caso, podem ser definidas, em um sentido amplo, como um entendimento compartilhado por atores individuais ou coletivos a respeito de regras prescritivas que organizam as interações repetitivas e estruturadas entre eles. Tanto o aparato legal elaborado e implementado por um governo como o conjunto de regras e procedimentos que organizam um estabelecimento de trabalho ou que estruturam as relações familiares, por exemplo, são consideradas como instituições. Essas regras podem ser formais ou informais e estruturam as interações de atores, sendo, também, criadas e recriadas por eles. Além disso, as regras são tanto prescritivas, na medida em que definem ações requeridas, proibidas ou permitidas, como impostivas, já que não as seguir acarreta algum tipo de sanção. Ver OSTROM, 2005.

Existem, porém, pontos de contato entre os dois níveis de análise (STF como (i) parte do cenário institucional e (ii) como ator dentro do cenário institucional). O tribunal pode ser encarado tanto como parte das *regras do jogo* que modulam o comportamento de outros atores, como quanto *ator* em si, dentro das regras do jogo existentes. O tribunal interpreta e reconfigura suas próprias competências, transformando as regras do jogo enquanto participa do próprio jogo⁸. O tribunal estrutura as relações da arena de decisão e, ao mesmo tempo, atua dentro dessa arena⁹.

Há mais pontos de contato entre os dois níveis de análise. Por si só, a entrada de um ator em uma arena decisória transforma a natureza do jogo ao alterar a dinâmica da interação entre os atores. Essa possibilidade pode ser discutida a partir do mapa conceitual denominado *IAD – Institutional Analysis and Development framework*, elaborado por Elinor Ostrom e colaboradores para sintetizar diferentes tipos de regras que estruturam as interações sociais de atores individuais e coletivos presentes das diversas esferas da vida social¹⁰. As regras vigentes condicionam fortemente o que os autores denominam “arenas de ação”. Analiticamente, as arenas de ação são formadas por atores e “situações de ação” e se constituem na unidade de análise primordial da abordagem institucional proposta¹¹. As regras

8 Ver GINSBURG, 2003. Para análises de alguns aspectos do caso brasileiro, ver ARGUELHES, 2014 e SUSSEKIND, 2014. Vale notar que, em medida menor, isso também se aplica à participação de outras instituições (Congresso, Presidência, etc.) no processo decisório. Sobre a realização de interpretação constitucional por parte dos poderes eleitos, ver, p.ex., FISHER, 1988. Para discussões no caso brasileiro, ver BRANDÃO, 2011. Mas há uma diferença qualitativa importante: enquanto, no caso brasileiro, os Ministros do STF (e a própria comunidade jurídica) estão pública e constantemente reforçando a pretensão do tribunal de dar a “última palavra” sobre a distribuição de competências feita pela Constituição, isso não ocorre no caso dos outros poderes.

9 Para além de suas decisões no exercício de controle de constitucionalidade, o STF também participa da definição de suas próprias competências e de seu papel nas hipóteses em que, pela Constituição vigente, pode encaminhar projetos de lei sobre certos temas ligados ao funcionamento do poder judiciário, por exemplo. Além disso, vários de seus Ministros se engajam com bastante regularidade na produção de textos doutrinários sobre as competências do tribunal – uma atividade que, se bem sucedida, pode contribuir para moldar a maneira pela qual o desenho constitucional do STF é interpretado na comunidade jurídica brasileira. Agradecemos a Thomaz Pereira por nos chamar a atenção para esses pontos.

10 OSTROM et al., 2014.

11 As arenas de ação são formadas, analiticamente, pela situação da ação e pelos atores. No modelo de Ostrom e seus colaboradores, a situação da ação é definida pelas seguintes regras: a) *regras de entrada e saída* em uma arena de ação; ou seja, regras que definem o conjunto de atores que podem participar da arena, assim como seus atributos e recursos; b) *regras de posição*, que definem as posições relativas de cada participante na arena; c) *regras de autoridade*, que definem os cursos de ação que os participantes devem/não devem e podem/não podem desempenhar; d) *regras que definem o escopo de ação* dos atores, ou seja, definem os “prêmios” possíveis de cada curso de ação/interação existente; e) *regras de agregação*, que delimitam o controle que cada ator pode ter sobre os cursos de ação possíveis; f) *regras de informação*; e g) *regras que definem os custos e benefícios* atribuídos a cada resultado possível.

incidem sobre os atores estabelecendo quais os cursos de ação possíveis e, quando um ator participa de uma arena decisória, ele “carrega” certas regras consigo para dentro da arena de decisão.

Essas regras estruturam não apenas as suas formas possíveis de ação naquele espaço institucional, mas também abrem novos caminhos e impõem novos limites aos outros atores¹². Os cálculos envolvidos na atuação desses atores, portanto, não ocorrem no vazio institucional; dependem das regras que estruturam a arena de decisão e que proporcionam posições, recursos e resultados variados aos seus participantes¹³. Por isso, a interação dos atores relevantes em uma arena produz todo jogo de antecipações a possíveis vetos e estratégias para superá-los. Assim, a forma específica pela qual um ator é “convidado” a integrar uma arena de decisão pode afetar suas possibilidades de atuação nessa arena. E cada arena de decisão será diferente dependendo não apenas de quais atores participam dela, mas também de *como* – isto é, em que condições institucionais – eles ingressam no processo decisório.

No caso do STF, os instrumentos através dos quais o órgão é acionado podem estruturar a arena de decisão de diferentes formas¹⁴. Os atores do processo político podem levar em conta a probabilidade de seus competidores e aliados naquela arena recorrerem a este ou àquele instrumento para provocar a entrada do STF no processo político, o que estimulará antecipações estratégicas. O fato do STF ser um ator coletivo – uma instituição judicial colegiada – acrescenta uma nova camada de complexidade às análises do processo decisório¹⁵. Pois, quando a instituição é provocada para

12 Ver NORTH, 1990; WEAVER et. al., 1993. É importante ter em mente que esse modelo é compatível com diversas suposições sobre a racionalidade (limitada ou não) dos atores.

13 Isso não significa dizer que a relação regras/arenas tem um efeito constante e linear no processo decisório, porque os atores mobilizados a atuar em uma arena formam coalizões conjunturais. Essas coalizões são facilitadas ou dificultadas pelas regras existentes, porém tais regras terão efeitos sobre a interação entre os atores, conforme as coalizões formadas para se alterar o *status quo*. Uma forma de incorporar essa dinâmica recíproca a uma abordagem institucional, centrada em arenas de decisão, é considerar a teoria de médio alcance de Tsebelis sobre veto players. Nela, o processo decisório deve ser entendido a partir do número de atores individuais ou coletivos cuja concordância é requerida para se alterar o *status quo*. Ver TSEBELIS, 2002.

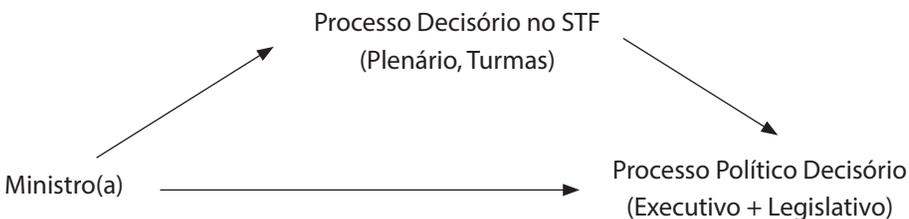
14 Em muitos casos, os Ministros decidem com aparente consciência dos diferentes efeitos e implicações de se decidir um mesmo tema em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, p.ex., em vez de no âmbito de um Recurso Extraordinário. Ver, p.ex., ARGUELHES, 2014.

15 As arenas de ação dos atores políticos são múltiplas, o que significa que tais atores podem agir em diferentes arenas ao mesmo tempo, o que, claramente, torna a análise do processo decisório mais complexa. Nesse sentido, Ostrom et al separam as regras de “efeitos constitucionais”, que definem os atores e regras que estruturam decisões fundamentais, das “regras coletivas”, as quais definem os atores e regras que operam nas decisões diárias, denominadas “regras operacionais” (OSTROM et al., 2014).

integrar (e reconfigurar) a arena decisória da política, sua participação é modulada pelo que ocorre em outra arena decisória, *interna* ao próprio STF.

Essa arena decisória interna é estruturada por regras que configuram a inserção do ator “STF” na arena de decisão externa, pois definem como posições individuais se agregam para formar a posição final à qual o tribunal *como instituição* agregará sua força. Por exemplo, quando o governo procurar calcular e se antecipar à intervenção do STF em uma disputa política, esse cálculo pode ser afetado por variáveis como (i) quem é o Presidente do tribunal e (ii) quais as preferências reveladas ou esperadas daquela composição da corte, entre outras¹⁶. A decisão do tribunal será formada a partir das ações e interações entre os onze Ministros, reguladas pelo processo decisório interno. Mais ainda, tendo em vista a possibilidade de que os próprios Ministros se comportem estrategicamente nesse processo decisório interno, é perfeitamente possível que a decisão resultante não seja uma expressão perfeita da simples soma das preferências individuais sinceras dos membros da Corte.

Em síntese, “a” ação do STF no processo político decisório é condicionada inicialmente pelas regras do seu processo decisório interno. Esse processo interno ao tribunal é importante para se entender os efeitos que tal ator pode exercer “para fora”, ou interagir com outros atores em outras arenas de decisão. Essas constatações, porém, deixam em aberto um *front* ainda inexplorado e que procuramos mapear de forma preliminar neste trabalho. Pelo desenho institucional do STF, existem maneiras pelas quais os Ministros podem participar e influenciar o processo decisório político *sem passar necessariamente pelo processo decisório interno do tribunal*. Isso pode ser representado graficamente da seguinte forma:



16 Dentro do marco institucional vigente, o Presidente do tribunal tem claros poderes individuais que podem ser decisivos. Por exemplo, a concessão de liminares durante recessos do tribunal e o poder de definir a pauta do tribunal. Em contraste com os poderes que discutiremos neste artigo, porém, estão formalmente previstos no Regimento Interno da corte e se ligam especificamente à Presidência.

O marco teórico proposto pela abordagem institucional permite que se pense as regras que estruturam cada arena decisória a partir dos atores que participam dessas arenas. No caso do STF, o poder judicial pode ser exercido não apenas pela instituição como ator coletivo, mas também por cada um de seus Ministros individualmente, dentro de certas condições e segundo regras e limites específicos. Ou seja, há duas maneiras não-excludentes pelas quais Ministros do STF podem influenciar a formulação de políticas públicas: (1) podem ingressar na arena decisória do processo judicial interno ao STF, no qual cada Ministro tem determinados poderes e limites para influenciar a decisão judicial final, que, por sua vez, impactará o processo político mais amplo; (2) podem participar diretamente do processo político decisório mais amplo, passando ao largo da instituição judicial como arena decisória e produzindo ou tentando produzir efeitos diretos sobre a formulação de políticas públicas.

Nos termos das regras oficiais vigentes, deveria haver reduzidas oportunidades para que a ação de um(a) Ministro(a) seja suficiente para produzir efeitos no mundo externo ao tribunal. Formalmente, o poder individual mais explícito que o desenho do STF reconhece a seus Ministros talvez seja o de decidir monocraticamente pela concessão de liminares¹⁷. Mesmo assim, essa é uma decisão precária, que pode ser revista a qualquer tempo pelo Plenário. Mas essas regras formais são insuficientes para explicar o comportamento do STF e a atuação dos seus ministros no Brasil de hoje. O comportamento estratégico de um determinado ator relevante – no caso, o Congresso ou o Presidente – pode se orientar, também, por ações que, embora não necessariamente formalizadas em termos de regras escritas, podem servir como sinalizações de futuras decisões e fornecer *inputs* para antecipações estratégicas por parte de atores políticos externos ao STF.

Para que sejam relevantes na análise do papel do STF, essas ações individuais precisam ser (a) realizadas com certa frequência (o que sugere que, ao recorrerem a elas, os Ministros não estão incorrendo em nenhum custo extraordinário em termos de reputação); e (b) qualitativamente relevantes,

17 No geral, as questões que os Ministros podem decidir monocraticamente estão reguladas em vários incisos e parágrafos do artigo 21 do Regimento Interno do STF. Além da concessão imediata de liminares, sujeita a posterior confirmação pelo Plenário (art. 21, V), vale destacar o poder de “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal” ou não conhecer desses pedidos ou recursos “em caso de incompetência manifesta” (art. 21, §1º do Regimento Interno).

ou seja, possam ser condições suficientes para influenciar o comportamento de outros atores ou o resultado final de uma decisão no processo político decisório. Nessa perspectiva, surge uma nova agenda de pesquisa: quais são as possibilidades de ação *individual* aberta aos Ministros do STF e que, correspondentes ou não a regras legais ou regimentais explícitas, sejam suficientes para estimular ou desestimular certos comportamentos por parte dos atores políticos externos ao tribunal, *mesmo na ausência de decisões oriundas do tribunal como arena decisória colegiada?*

3. Poderes individuais dos Ministros para influenciar o processo político: três exemplos

Na seção anterior, a partir do marco teórico proposto pela análise institucional, levantamos a possibilidade de, no Brasil de hoje, o processo político ser afetado pela atuação do STF de acordo com duas configurações diferentes. Primeiro, o poder judicial sobre a política se manifestar por meio de ações institucionais, resultantes de um processo decisório interno colegiado, por meio do qual se agregam votos dos Ministros, produzindo uma decisão final. A segunda possibilidade é a de que os Ministros possam se apropriar individualmente do poder judicial e exercê-lo sobre o processo político decisório sem mediação pela arena decisória interna do STF¹⁸. Cada um desses caminhos reconstituirá o processo político mais amplo como arenas decisórias distintas, com atores e regras distintos. Para que o segundo caminho seja possível, porém, é preciso mostrar quais seriam os recursos individuais disponíveis aos Ministros do STF para exercer individualmente o poder da instituição. Sustentamos que esses poderes não precisam ser formalizados na legislação ou no regimento interno do tribunal, desde que sejam exercidos com relativa frequência e que o seu exercício seja condição suficiente para produzir incentivos e desincentivos a certos comportamentos por parte dos atores políticos¹⁹. Nesta seção, discutire-

18 Isso não é incompatível com reconhecer que, mesmo no caso dessas participações individuais não-mediadas, a ação individual só tem impacto no mundo fora do tribunal porque o Ministro em questão é percebido como parte da instituição STF. Por exemplo, é possível que haja efeitos de ações individuais porque, em última instância, os atores externos do tribunal interpretam essas ações como um indicador possível da direção que o STF tomaria caso viesse a se pronunciar sobre o tema.

19 De acordo com Helmke e Levitsky (2004), a diferença entre a formalidade e a informalidade das instituições consiste no fato de que estas geralmente não são escritas - não são oficialmente regulamentadas - e são criadas, comunicadas e impostas de fora dos canais institucionais oficialmente existentes. Ver seção 4, *infra*.

mos três possíveis exemplos de poderes individuais dos Ministros do STF que parecem preencher esses requisitos²⁰.

3.1. Antecipação de posições na imprensa

O primeiro desses poderes está na possibilidade de os membros do tribunal manifestarem, na imprensa, suas posições e preferências sobre temas da pauta judicial e política que consideram importantes. Os Ministros têm o poder de sinalizar para a sociedade, para os outros poderes e até para seus colegas quais seriam suas decisões sobre temas que poderão entrar na pauta no tribunal. No STF, esse ainda é um poder “informal”, pois o seu estatuto jurídico – e, com isso, o seu alcance e os seus limites – não está claramente definido. Na verdade, o que há de mais próximo na legislação parece apontar para vedações a esse tipo de manifestação pública sobre temas pendentes de decisão judicial. Isso porque, no Brasil, os magistrados estão sujeitos a algumas restrições ligadas ao exercício da função judicial, dispostas Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), de 1979:

Art. 36 – É vedado ao magistrado: (...) III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Pela LOMAN, juízes brasileiros não podem expressar opinião (favorável ou crítica) sobre processos que ainda estejam em curso no âmbito do poder judiciário. Mas, com frequência, os Ministros do STF fazem exatamente isso. Até hoje, a aplicabilidade do artigo 36 aos Ministros do

20 Cada um dos mecanismos descritos a seguir seja primariamente exemplificado com base na atuação de um Ministro. Isso se deve ao fato de que essas foram as instancias mais claras que encontramos de cada mecanismo em ação. No entanto, a predominância individual deste ou daquele Ministro na construção dos exemplos não deve ofuscar o ponto mais geral: estes são poderes que já estão à disposição de Ministros que desejem utilizá-los, e os exemplos mostram que sua utilização não parece estar associada a um custo alto para quem os utiliza. Nosso objetivo não é enfatizar condutas individuais supostamente desviantes, mas, ao contrário, descrever poderes que, do ponto de vista da prática institucional, podem ser empregados de forma aparentemente livre por quaisquer Ministros. Futuros estudos mais sistemáticos desses poderes podem inclusive encontrar grande variação, no comportamento e na atitude dos Ministros, com relação a se e como utilizar tais poderes.

STF não foi enfrentada de forma direta e sistemática no direito brasileiro²¹. Mas, apesar da questão jurídica de fundo continuar em aberto, na prática é difícil observar limites para essas manifestações dos Ministros – inclusive quando se trata de processos pendentes de julgamento.

Por exemplo, na Ação Penal n.º 470 (o caso do “Mensalão”), Ministro Marco Aurélio recorreu algumas vezes à imprensa para manifestar suas preferências sobre como outros Ministros do STF deveriam se comportar em questões ainda pendentes de apreciação definitiva pelo tribunal. Antes mesmo do início do julgamento, o Ministro deu entrevista para o *Jornal Nacional* observando que era “delicada” a situação de seu colega, Ministro Dias Toffoli, que ainda não tinha deixado claro se se declararia ou não suspeito para julgar certos réus da Ação Penal n.º 470²². Permanecendo no julgamento, o Ministro Toffoli estaria “constrangendo” a Corte, segundo Ministro Marco Aurélio²³. E, reconhecendo que poderia ter que decidir essa questão nas semanas seguintes, o Ministro observou: “Não gostaria de enfrentar a matéria, mas, se tiver que enfrentar, vou atuar e atuar segundo o convencimento formado”²⁴. Ou seja: na entrevista, o Ministro Marco Aurélio (a) reconheceu que poderia vir a decidir aquela questão no âmbito da AP n.º 470, mas, ao mesmo tempo, (b) manifestou publicamente uma

21 Em pelo menos um caso em que foi diretamente levantada, essa questão deu lugar a discussões sobre quem teria competência institucional para *aplicar* a LOMAN a um Ministro do STF a título de sanção por violação de deveres funcionais. Em 2008, por exemplo, o Partido dos Trabalhadores (PT) iniciou junto ao Conselho Nacional de Justiça uma representação contra o Ministro Marco Aurélio, do STF, por declarações à imprensa que teriam colocado em dúvida a constitucionalidade de um recém-criado programa do governo federal. A discussão da aplicabilidade da LOMAN, porém, ficou prejudicada porque, ao decidir a ADIn n.º 3.367, em 2005, o STF já havia estabelecido que o CNJ não teria “nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus Ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, a quem aquele está sujeito”. Ver mais detalhes em: <http://www.conjur.com.br/2008-mar-15/cnj_arquivar_reclamacao_pt_marco_aurelio>, acesso em 14 de junho de 2014.

22 As especulações quanto ao impedimento ou suspeição do Ministro Dias Toffoli se deviam ao fato de que ele havia sido assessor jurídico da Casa Civil entre 2003 e 2005, respondendo ao então Ministro José Dirceu, um dos réus da Ação Penal 470. Além disso, sua namorada havia sido advogada para alguns réus dessa mesma ação. Ver reportagem “Com apoio de Lula e aval de colegas do STF, Toffoli vai julgar o Mensalão”, *Estado de São Paulo*, 30 de julho de 2012, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,com-apoio-de-lula-e-aval-de-colegas-do-stf-toffoli-vai-julgar-mensalao,908274>>, acesso em 25 de outubro de 2014.

23 “Marco Aurélio diz que Toffoli poderá constranger a Corte”, *Estado de São Paulo*, 2 de agosto de 2012, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,marco-aurelio-diz-que-toffoli-podera-constranger-corte-imp-909588>>, acesso em 20 de outubro de 2014.

24 “Marco Aurélio Mello classifica como delicada a situação do colega Toffoli”, *G1*, 1º de agosto de 2012, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/marco-aurelio-mello-classifica-como-delicada-situacao-do-colega-toffoli.html>>, acesso em 16 de outubro de 2014.

preferência – no caso, a de que o próprio Ministro Toffoli declarasse sua suspeição de ofício.

No mesmo julgamento, em setembro de 2013, o tribunal se reuniu para discutir a admissibilidade de embargos infringentes em ação penal originária. A sessão do dia 12 de setembro, uma quinta-feira, terminou com o placar em 5x5 e, portanto, com a admissibilidade dos embargos ainda em aberto²⁵. O voto de desempate do decano da Corte, Ministro Celso de Mello, ficou para a sessão de quarta-feira da semana seguinte. Esse período até o desempate foi um dos momentos de maior destaque do julgamento na mídia. Foram muitos os editoriais, reportagens e artigos de opinião publicados defendendo ambos os lados da questão. Entre essas manifestações, o Ministro Marco Aurélio deu uma entrevista para o jornal “O Globo” fazendo previsões sobre as consequências negativas de uma eventual decisão favorável aos embargos por parte do Ministro Celso de Mello:

O senhor acredita que a credibilidade do STF será afetada se os embargos infringentes forem aceitos?

É uma responsabilidade enorme para o ministro Celso de Mello. É uma matéria que eu não tenho dúvida sobre a revogação do Regimento Interno. Mas, pelo visto, como tem cinco votos a cinco, é uma matéria polêmica. O tribunal, em termos de perda de credibilidade, está à beira do precipício. Para citar John Steinbeck (autor americano), quando uma luz se apaga, fica muito mais escuro do que se nunca tivesse brilhado. A sociedade começou a acreditar no STF e agora, com essa virada no horizonte de se rejulgar, há decepção.

O senhor teme que as pessoas tomem as ruas para protestar contra o tribunal?

As pessoas podem ficar decepcionadas, e isso pode levar a atos. A sociedade pode se manifestar, porque mostrou que não está apática. A manifestação pacífica é bem-vinda, é inerente à cidadania.

25 Vale notar que, semanas antes dessa sessão, em entrevista à *Folha de São Paulo*, o Ministro Gilmar Mendes já havia se manifestado de forma contrária à admissibilidade dos embargos infringentes. Ver reportagem “Reforma Política via Plebiscito é Temerária, diz Gilmar Mendes”, *Folha de São Paulo*, 1º de julho de 2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303469-reforma-politica-via-plebiscito-e-temeraria-diz-gilmar-mendes.shtml>>, acesso em 3/11/2014.

Um novo julgamento de réus do mensalão pode gerar sentimento de impunidade na sociedade?

A leitura que o leigo faz é péssima, de que realmente o forno está aceso²⁶.

Além da entrevista, o Ministro expressou suas preferências em artigo de opinião, no jornal “O Globo”, publicado na manhã do dia em que o Min. Celso de Mello daria o seu voto de desempate²⁷. Assim, em um processo ainda pendente de julgamento, um Ministro do STF por diversas vezes e de diversas maneiras manifestou sua opinião sobre como um colega que ainda não tinha votado deveria votar. Após o desempate da questão, o próprio Ministro Celso de Mello também recorreu à imprensa para criticar a pressão midiática que teria sofrido por conta da questão dos embargos infringentes²⁸. É inegável que seu colega de tribunal, Ministro Marco Aurélio, fez parte desse conjunto de vozes que, na imprensa, cobravam um voto de minerva contrário aos infringentes.

Discutir se a possibilidade de os Ministros do STF anteciparem suas posições na imprensa é ou não compatível com a legislação vigente está além dos objetivos desse trabalho. Para os fins do nosso argumento, o importante é que, hoje, essa prática não parece encontrar limites visíveis, o que aumenta o poder individual de um Ministro do STF em relação a seus colegas e a outras instituições²⁹. Em um ambiente de interações estratégi-

26 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-mello-credibilidade-do-stf-esta-beira-do-precipicio-9966500>>, acesso dia 16 de outubro de 2014. Vale notar que, na véspera dos primeiros votos sobre o tema começarem a ser anunciados no STF, o Ministro Marco Aurélio havia concedido entrevista para a Rádio Estadão na qual adiantava seu voto e fazia previsões sobre como seus colegas votariam – já inclusive sinalizando para um placar de 5x5, cabendo ao decano Celso de Mello o desempate. Ver em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-deve-admitir-embargos-infringentes-diz-marco-aurelio-mello-9928031>>, acesso dia 16 de outubro de 2014.

27 Marco Aurélio Mello, “O Supremo e os Embargos Infringentes”, *O Globo*, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/o-supremo-os-embargos-infringentes-10009137>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

28 Ver a coluna de Monica Bergamo na *Folha de São Paulo* do dia 26 de setembro de 2013, “Nunca a mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz, diz Celso de Mello”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/09/1347507-nunca-a-midia-foi-tao-ostensiva-para-subjugar-um-juiz-diz-ministro-celso-de-mello.shtml>>, acesso dia 28 de setembro de 2014.

29 Curiosamente, durante suas sabbatinas no Senado, quando estão na posição de indicados ao STF, é comum que os futuros Ministros expressem uma concepção bastante rígida e exigente dos limites que a função judicial impõe à sua liberdade de manifestar opiniões. Em várias das sabbatinas nos últimos anos, os(as) indicados(as) se recusaram a explicitar suas posições sobre algumas das perguntas feitas pelos Senadores sob o argumento de que, quando se tornassem Ministros, poderiam ter que decidir aquelas mesmas questões. Há aqui uma espécie de inversão: os limites das manifestações públicas dos indicados ao STF, que

cas entre diversos atores políticos, a oportunidade de fazer publicamente esse tipo de ameaça crível já pode ser, por si só, o exercício de poder sobre terceiros. Quando Ministros anunciam sua posição na imprensa, dão a outros atores informações sobre as consequências possíveis de decisões que esses atores precisam tomar no presente. Com isso, a antecipação pública da provável decisão futura pode servir de incentivo para que outros atores ajustem estrategicamente o seu comportamento de modo a evitar uma decisão inconveniente já anunciada pelos Ministros.

As reações públicas dos Ministros à polêmica Proposta de Emenda à Constituição n.º 33/2011 ilustram de que forma a antecipação de decisões futuras pode ser uma forma de exercer poder sobre atores externos ao tribunal. A PEC inclui três propostas de mudanças drásticas nas competências e no processo decisório do STF: (a) declarações de inconstitucionalidade exigiriam quórum de 4/5, e não mais maioria absoluta; (b) súmulas vinculantes só passariam a ser vinculantes após aprovação tácita ou expressa pelo Congresso; (c) decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de emendas à Constituição por violação de cláusulas pétreas poderiam ser submetidas a aprovação popular, mediante consulta provocada pelo Congresso. Independentemente do mérito das mudanças, a aprovação dessa PEC limitaria de forma significativa o poder do STF. As reações dos Ministros do STF à tramitação da PEC foram bastante intensas. Em alguns casos, mais do que criticar a PEC, os Ministros chegaram inclusive a anunciar, desde já, que, caso a PEC fosse aprovada e sua constitucionalidade fosse discutida no STF, votariam pela inconstitucionalidade. Foi o caso do Ministro Gilmar Mendes:

Não há nenhuma dúvida, [a proposta] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [Legislativo] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal³⁰

ainda não são Ministros e estão precisamente em uma situação de escrutínio perante os poderes de estado, são *mais rígidos* do que os limites aplicáveis aos Ministros já confirmados no cargo. Agradecemos a Pedro Abramovay por essa observação.

30 Ver reportagem de Diego Abreu, “Se a PEC for aprovada, é melhor que se feche o Supremo, diz Gilmar Mendes”, *Correio Braziliense*, 25 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2013/04/25/interna_politica,362589/se-a-pec-for-aprovada-e-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.shtml>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

Outros Ministros, como Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, também se manifestaram publicamente contra a PEC 33/2011³¹. O Ministro Marco Aurélio, em particular, observou de forma direta que, se aprovada, a PEC violaria a cláusula pétrea da separação de poderes e, portanto, deveria ser considerada inconstitucional. Mas ao menos um Ministro, Ricardo Lewandowski, recusou-se expressamente a fazer uma análise do mérito jurídico da proposta, reconhecendo a possibilidade de a questão ser objeto de julgamentos futuros no STF³². Mas a própria variação de atitudes sugere a existência de um poder individual de manifestação pública, cabendo a cada Ministro escolher, sem restrições jurídicas perceptíveis, se e como utilizará esse poder.

Quando Ministros podem vir a público anunciar suas preferências (sinceramente ou não), estão fornecendo aos outros atores políticos (e a seus colegas no tribunal) uma informação. Estão sinalizando posições futuras. Partindo da premissa de que atores racionais vão agir estrategicamente, segue-se que essas informações podem levar outros atores a antecipar a posição do Ministro e agir de forma a não provocar uma reação que considerariam prejudicial aos seus interesses. No caso da PEC 33/2011, quando vários Ministros revelam de forma inequívoca suas restrições à proposta, afirmando inclusive sua inconstitucionalidade, é difícil negar que essa informação não será levada em conta por atores políticos preocupados com as consequências de suas decisões no cenário maior das relações entre os poderes. Criticar um projeto de lei ou emenda à constituição na imprensa é, portanto, desencorajar sua aprovação³³.

31 Ver reportagem “Ministros criticam PEC que autoriza Legislativo a vetar decisões do STF”, *GI*, 24 de abril de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

32 No exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Ricardo Lewandowski preferiu não emitir qualquer juízo de valor sobre a proposta. Ele observou que a PEC ainda será submetida à análise do plenário da Câmara e, depois, do Senado. “O Congresso Nacional, então, se pronunciará dentro da soberania que a Constituição lhe garante. E quando for o caso, e se for o caso, o Supremo examinará a constitucionalidade dessa decisão”. Lewandowski não quis tecer considerações sobre os motivos que levaram à elaboração da proposta: “Não me manifesto sobre as motivações do Congresso Nacional para elaborar suas leis e suas emendas à Constituição”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

33 Outros exemplos além da PEC n.º 33/2011. Quando a Presidenta Dilma Rousseff lançou pela primeira vez em discurso a ideia da reforma política via constituinte exclusiva, Ministros do STF se manifestaram sobre a questão. Em especial, os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes apresentaram visões distintas (reconhecimento cauteloso e rejeição frontal, respectivamente) sobre a constitucionalidade de se reformar a constituição por esse tipo de mecanismo. Para uma análise dessas manifestações, ver PEREIRA, 2013. Outro

3.2. Pedidos de vista como controle individual da agenda

Em dezembro de 2013, o STF começou o julgamento da ADIn n.º 4.650, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em que se discutia a constitucionalidade de dispositivos das Leis n.º 9.096/95 e n.º 9.504/97 referentes ao financiamento eleitoral e de partidos políticos. Mais especificamente, a principal controvérsia envolvida dizia respeito à possibilidade, nos termos da constituição, de o legislador autorizar pessoas jurídicas a fazerem doações para partidos políticos em campanha eleitoral. Na primeira sessão, os Ministros Fux (relator), Barroso, Toffoli e Barbosa votaram pela inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas. Após um pedido de vista do Ministro Zavascki, o julgamento foi retomado em 02 de abril de 2014, quando, além de Zavascki, que divergiu de seus colegas, votaram também os Ministros Marco Aurélio e Lewandowski. Com isso, apesar de nuances e diferenças nas posições dos Ministros, já se formou uma maioria de votos (seis votos, contra um do Min. Zavascki) reconhecendo ao menos em parte a procedência do pedido formulado pela OAB e restringindo o financiamento eleitoral por empresas.

Apesar da maioria formada, ainda não houve decisão. O julgamento foi novamente suspenso por um pedido de vista, agora do Ministro Gilmar Mendes. E, como o próprio Ministro reconheceu em entrevistas na imprensa sobre seu pedido de vista, não há data certa para que o processo seja devolvido ao plenário para que o julgamento continue³⁴. O julgamento suspenso da ADIn 4650 ilustra bem o que o pedido de vista representa na prática para um Ministro do STF: um poder de unilateralmente remover, da agenda da corte, um julgamento já iniciado. Os contornos e limites exatos deste poder ainda não foram objeto de estudo sistemático na literatura. Mas, como veremos a seguir, recentes estudos empíricos sugerem que,

exemplo pode ser encontrado nas manifestações do Ministro Gilmar Mendes sobre a constitucionalidade da cláusula de barreira. Ao ser questionado por repórter da *Folha de São Paulo* sobre a possibilidade de a composição atual do STF “uma nova cláusula de desempenho para partidos políticos por meio de lei”, o Ministro afirmou: “Tenho certeza de que sim” (“Reforma Política via Plebiscito é Temerária, diz Gilmar Mendes”, *Folha de São Paulo*, 1º de julho de 2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303469-reforma-politica-via-plebiscito-e-emeraria-diz-gilmar-mendes.shtml>>. Acesso em 3 de novembro de 2014).

34 Ver reportagem “Gilmar Mendes quer debate sobre financiamento de campanha no 2º semestre”, *O Globo*, 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-quer-debate-sobre-financiamento-de-campanhas-no-2-semester-12541521>>, acesso dia 03 de outubro de 2014.

quaisquer que sejam os limites do pedido de vista, eles certamente não coincidem com o que está disposto no Regimento Interno do tribunal³⁵.

Há poucos trabalhos sobre pedidos de vista no âmbito da comunidade jurídica brasileira. De modo geral, os poucos trabalhos existentes apontam na mesma direção. Descrevem e justificam o pedido de vista como uma prerrogativa colocada à disposição de juízes em órgãos colegiados para garantir que não serão forçados a decidir um caso com o qual não se sintam suficientemente familiarizados, ou em relação ao qual necessitem de mais tempo de reflexão³⁶. No processo judicial colegiado típico no Brasil, especialmente quando se leva em conta o grande volume de casos submetidos aos órgãos judiciais de segunda instância e tribunais superiores, não é raro que os colegas do relator tomem conhecimento dos fatos e problemas do caso pela primeira vez na sessão em que o relator já anuncia seu voto³⁷. Nesse cenário, faz sentido que os membros do colegiado possam solicitar tempo para estudarem o caso em seus gabinetes, caso não se sintam perfeitamente confortáveis ou satisfeitos com o que foi apresentado pelo relator.

Essa descrição bastante convencional dos pedidos de vista supõe que eles estão sujeitos a certas limitações no tempo. Ao menos oficialmente, essas limitações existem. Nos termos do Regimento Interno do STF, os pedidos de vista sempre foram sujeitos a um prazo certo e, embora a regra tenha sofrido muitas alterações desde 1988, esse prazo nunca foi superior a 30 dias³⁸. O Regimento Interno, porém, não dá conta de como funcionam os pedidos de vista na prática. É o que indica o Relatório “O Supremo e o Tempo”, elaborado a partir do banco de dados do projeto *Supremo em Números* na FGV Direito Rio³⁹. De outubro de 1988 a dezembro de 2013, houve 2.987 pedidos de vista no STF, relativos a 2.226 processos⁴⁰. Os

35 Ver FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014; ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

36 Para uma revisão da literatura nesse sentido, ver ARGUELHES; HARTMANN, 2014. Para uma análise empírica pioneira, ainda que de escopo restrito, ver PEREIRA, 2010.

37 SILVA, 2013.

38 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

39 Ver FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014.

40 Levando-se em conta apenas os processos já tramitando no plenário ou nas turmas (isto é, processos nos quais existiria a possibilidade de um pedido de vista ocorrer), isso significa que as vistas abrangem apenas 2.2% dos casos do tribunal. Trata-se, portanto, de prática bastante seletiva. FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014.

autores do estudo observam que, desse conjunto de pedidos, 124 ainda não tinham sido devolvidos até 31 de dezembro de 2013. Dentre os já devolvidos, a duração média era de 349 dias, e apenas cerca de 20% ficaram dentro do prazo regimental. Dentre os não-devolvidos, apenas 5.3% ficaram dentro do prazo, sendo a média nesse caso de 1095 dias. Nos dois grupos de casos, devolvidos e ainda em andamento, é possível encontrar dezenas de processos que ficaram “em vista” por milhares de dias, quase chegando, portanto, a uma década de duração.

Esses resultados não indicam que os pedidos de vista *sempre* ou *apenas* são utilizados para remover indefinidamente da agenda processos que já estão em julgamento. Mas mostram que não há limites institucionais claros à duração da vista. O Regimento Interno é irrelevante; um pedido de vista que respeite os prazos regimentais é um evento raro⁴¹. Na ausência de qualquer controle institucional interno sobre os pedidos de vista, o uso desse mecanismo fica sujeito à discricionariedade de cada Ministro. Nesse sentido, nos termos deste trabalho, a configuração do pedido de vista na prática do STF é a de um poder individual informal. Mais ainda, como notam os autores de recente estudo sobre pedidos de vista utilizando os dados do *Supremo em Números*, não há correlação entre (i) carga de trabalho do tribunal ou de cada Ministro e a eficiência/velocidade de cada gabinete/Ministro, de um lado, e (ii) quantidade/duração de pedidos de vista, de outro⁴². Ou seja: não apenas há grande variação individual sobre quando pedir (e concluir) a vista, mas essa variação não pode ser explicada só em função da carga de trabalho distribuída a cada Ministro.

Tudo isso reforça a caracterização do pedido de vista como um poder individual de vetar a manifestação do tribunal sobre um determinado tema, por quaisquer razões. Às vezes, um Ministro pode pedir vista para de fato estudar o processo por algumas semanas e devolvê-lo então para julgamento. Mas o mesmo Ministro pode também pedir vista e aguardar um momento mais propício para o julgamento, sem qualquer relação com sua percepção de que precisa estudar melhor o caso. A vista é um terreno de extrema individualidade. Se há limites à decisão individual de quando devolver o processo, esses limites são informais, e ainda não foram

41 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

42 *Ibid.*

sistematicamente mapeados ou explicados⁴³. Os dados existentes, porém, sugerem que os Ministros variam muito no uso que fazem da vista – e não estão sujeitos a nenhum limite significativo caso desejem manter um caso fora do plenário ou das turmas por muitos anos⁴⁴.

3.3. Decisões monocráticas e “jurisprudência pessoal”

Um terceiro exemplo de poder individual dos Ministros para influenciar diretamente o comportamento de atores externos ao tribunal está nas decisões monocráticas. Mais especificamente, as decisões monocráticas cumprem esse papel quando usadas para promover visões individuais como se fossem visões coletivas – a “jurisprudência” ou os “precedentes” – da instituição. A princípio, é difícil imaginar que decisões monocráticas possam representar oportunidades de exercício individual de poder. O Regimento Interno do STF prevê situações nas quais os Ministros, na condição de relatores de processos, podem decidir certas questões individualmente, fora do Plenário ou das turmas. De modo geral, porém, mesmo nas hipóteses mais relevantes, essas decisões monocráticas são autorizadas quando (a) refletem a mera reiteração, em um caso novo, de entendimentos e interpretações já consolidados na jurisprudência do tribunal; (b) a petição apresenta problemas processuais que impossibilitam qualquer decisão judicial sobre o mérito; (c) quando o Ministro pode até formar seu juízo de forma independente, em caso de urgência, mas deve levar a medida para apreciação posterior do Plenário ou da respectiva Câmara⁴⁵. Na segunda hipótese, não há sequer questão passível de ser apreciada pelo resto do tribunal; na terceira e na primeira, por outro lado, temos uma decisão individual que se autoriza à sombra da manifestação colegiada – ou o Ministro está aplicando entendimento colegiado anterior, ou decide individualmente já esperando decisão colegiada no futuro próximo que convirja com o seu juízo de agora.

43 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

44 Segundo dados do estudo de Falcão, Hartmann & Chaves (2014), a lista dos dez pedidos de vista mais longos inclui casos que vão de 12 a 20 anos de duração combinada de vistas individuais.

45 Há hipóteses distintas, como, por exemplo, decisão sobre intervenção de terceiros e *amici curiae*, em que o relator decide sozinho sem possibilidade de recurso para o plenário ou para as turmas. Todos esses casos estão regulados nos incisos e parágrafos do artigo 21 do Regimento Interno do STF.

Nenhuma dessas hipóteses parece abrir qualquer oportunidade de exercício de poder *individual* relevante e independente do plenário. Mas há usos estratégicos possíveis para decisões monocráticas. Podem ajudar cada Ministro a fazer avançar sua própria agenda jurisprudencial, com efeitos inclusive fora do tribunal, mesmo sem submeter essas posições ao crivo do processo colegiado, refletindo assim um exercício individual de poder. Isso ocorre, sobretudo, nas hipóteses (a) e (b), acima, sendo o mecanismo bastante simples: em casos em que não há *nada* sendo objetivamente decidido, o Ministro faz uso de sua liberdade para construir a fundamentação da decisão como quiser visando (i) anunciar teses jurídicas potencialmente controvertidas e (ii) tratar teses já anunciadas em decisões monocráticas passadas como “jurisprudência” ou “precedente” do STF. Tudo isso sem qualquer tipo de mediação pelo processo decisório colegiado, no qual, apesar da liberdade para redigir seu voto como quiser, o Ministro poderia ao menos ser criticado diretamente por seus colegas ao apresentar seus argumentos e razões na sessão.

Antes de discutir exemplos desse uso de decisões monocráticas, é preciso esclarecer três premissas sobre como diferentes atores se relacionam com argumentos baseados em precedentes e jurisprudência no direito brasileiro. Primeiro, na fundamentação de seus votos escritos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal anunciam teses jurídicas que sinalizam posições do tribunal em casos futuros. Mesmo considerando que o STF não opera formalmente dentro de um sistema de *stare decisis* (isto é, um sistema no qual o tribunal se considera formalmente sob a obrigação de seguir suas próprias decisões passadas), a fundamentação dos votos pode sinalizar comportamentos futuros⁴⁶. Ainda que juízes de tribunais superiores não

46 Sobre o tema, SCHAUER, 1987 e *Id.*, 2009. Vale notar que, em alguns casos, o próprio STF já reconheceu essa influência prospectiva da redação dos votos. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da ADI n.º 4.029 (Caso “Instituto Chico Mendes”), julgada em 7-8 de março de 2012. Em uma primeira decisão, uma maioria de Ministros do tribunal considerou inconstitucional uma medida provisória que não havia recebido o parecer da comissão mista de senadores e deputados estabelecida no artigo 62, §9º da Constituição. Entretanto, os Ministros voltaram atrás no dia seguinte, após terem ficado claras as implicações jurídicas dessa tese em casos futuros. Segundo estudo da Câmara dos Deputados, 560 medidas provisórias haviam sido editadas desde 2001 (quando o artigo 62 passou a exigir a manifestação da comissão mista) sem que tivessem sido submetidas ao trâmite exigido pelo STF na decisão da ADI 4029. Diante dessa inconstitucionalidade por implicação, os Ministros precisaram rever a decisão e determinar, explicitamente, que esse argumento só valeria dali em diante. Ver reportagem de Carolina Brígido e Catarina Alencastro, “STF anula decisão sobre ilegalidade do Instituto Chico Mendes”, *O Globo*, 8 de março de 2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-anula-decisao-sobre-ilegalidade-do-instituto-chico-mendes-4261914>>, acesso dia 03 de outubro de 2014. Vale notar que, no caso, não se trata de mera modulação de efeitos da decisão

se sintam *obrigados* a seguir o que escreveram em decisões anteriores, eles podem reconhecer que tudo que escrevem nos votos é fonte potencial de argumentos em casos futuros⁴⁷.

A segunda premissa é a de que tanto a ideia de “precedente”, quanto a de “jurisprudência” são comparáveis, ainda que não sejam a mesma coisa, como fontes de argumentos *baseados no passado*: chamar a atenção, em um voto judicial no STF, tanto para a “jurisprudência” ou para um “precedente” significa acrescentar uma nova camada de força à linha de argumentação⁴⁸. Apesar das importantes diferenças conceituais e práticas entre as duas ideias, há um terreno em comum em termos de estratégia argumentativa. Falar em “jurisprudência” ou em “precedentes” significa dizer que casos semelhantes ao caso atual foram decididos de determinada maneira no passado e, por considerações de estabilidade e justiça, o caso atual deve ser decidido no mesmo sentido⁴⁹.

A terceira premissa diz respeito aos fatores institucionais que configuram a liberdade individual dos Ministros para escolher o que incluir na redação de seus votos. Como visto acima, o espaço que as palavras ocupam nos votos escritos no STF é precioso, pois é uma oportunidade de participar da construção judicial do direito em casos futuros. Entretanto, embora cada Ministro possa escolher o que colocará em seu voto, a efetiva influência desse voto sobre decisões futuras é condicionado por uma série

sobre o instituto *Chico Mendes*, que já tinha sido efetuada na primeira decisão. A questão era de esclarecer as implicações, para casos futuros sobre medidas provisórias já existentes, dos argumentos utilizados pelos Ministros para declararem a inconstitucionalidade (ainda que com modulação de efeitos) da MP questionada na ADIn.

47 SCHAUER, 2009.

48 É verdade que, segundo uma interpretação técnica, “jurisprudência” e “precedentes” não se confundem. Para que se configure “jurisprudência”, são necessárias decisões reiteradas, por parte de uma mesma instituição judicial, afirmando a mesma tese jurídica ou interpretação do direito vigente. Por outro lado, quando falamos em “precedente”, a quantidade de decisões não importa; basta que o tribunal tenha tomado uma única decisão naquele sentido. Para um tratamento clássico no direito brasileiro, ver MAXIMILIANO, 1999. Para uma discussão teórica fundamental sobre precedentes, ver SCHAUER, 1987.

49 Em interessante estudo de amostra de acórdãos de Recursos Extraordinários decididos entre 5 de setembro de 2007 e 1º setembro de 2009, observou-se que havia em 94% dos casos alguma referência à expressão “precedente” na decisão (CARVALHIDO; GUERRA, 2014). Esse tipo de achado, ainda que inconclusivo, sugere que, de alguma forma, os Ministros do STF consideram relevante apontar, em seus votos, que os argumentos e teses que defendem encontram respaldo em decisões e votos anteriores no mesmo tribunal. Como observa Schauer (2009, capítulo 9), as possíveis razões por trás desse hábito de referência ao passado não necessariamente incluem a percepção de que precedentes são “vinculantes”. Para nossos fins, basta notar que os Ministros parecem atribuir algum poder argumentativo a esse tipo de referência ao passado sob a forma de “precedentes” ou “jurisprudência”.

de fatores institucionais. Futuros julgadores podem distinguir entre a *ratio decidendi* de uma decisão ou voto – um argumento ou consideração central para a decisão atingida – e elementos ditos apenas de passagem, *obter dicta*, e que não são centrais para a linha de raciocínio defendida pelo tribunal ou pelo julgador⁵⁰. Além disso, em uma decisão colegiada o que conta em última instância como “jurisprudência” ou “precedente” é a decisão *do tribunal*. Embora os Ministros não possam vetar o texto do voto de seus colegas, em uma decisão colegiada é possível atacar diretamente, em outros votos, os trechos com os quais não se concorda. Com isso, sinaliza-se para futuros leitores (e julgadores) que certo argumento do voto do Ministro X é, na verdade, uma posição individual, não necessariamente compartilhada (ou até rejeitada) por seus colegas⁵¹.

Esses e outros mecanismos colegiados permitem filtrar e separar, de maneiras significativas, a mera anúncio individual de teses por parte de um Ministro e o que realmente deve ser levado em conta, por julgadores futuros, como “precedentes do STF” ou “jurisprudência do STF”. No cenário descrito pelos três conjuntos de premissas acima, cada Ministro tem a capacidade influenciar individualmente a formação da decisão final do STF (ou da turma) e, com isso, o que contará como “jurisprudência” ou “precedente” do tribunal. Entretanto, é possível observar no STF a utilização de decisões monocráticas como estratégia individual de construção de “jurisprudência” ou “precedentes” sem a mediação do colegiado. Aproveitando-se das duas primeiras premissas (o texto dos votos como fonte de argumentos futuros, e a força especial que esses argumentos possuem quando chamados de “jurisprudência” ou “precedente”), mas evadindo-se dos controles colegiados sobre a construção de narrativas sobre as posições que o tribunal de fato sustentou no passado, Ministros encontram formas de sustentar sua “jurisprudência pessoal” como se institucional fosse.

Um exemplo disso está no uso de decisões monocráticas para avançar posições pessoais como se fossem a jurisprudência do tribunal. Em uma

50 Existem exemplos recentes de uso dessa distinção no âmbito das deliberações do STF. Na sessão do dia 11 de setembro da Ação Penal n.º 470 (o caso do “Mensalão”), quando se debatia a admissibilidade dos embargos infringentes naquele tipo de processo, os Ministros Joaquim Barbosa e Roberto Barroso discutiram e divergiram explicitamente sobre se determinadas manifestações de Ministros em votos passados, trazidos pelo Ministro Roberto Barroso, deveriam ser encaradas como parte da “*ratio decidendi*” daqueles casos ou se só consistiriam em “*obter dictum*”.

51 Para uma análise de casos em que essas possibilidades se tornam concretas, ver VOJVODIC et al., 2009.

decisão monocrática, resolvendo um caso sem passar pelas turmas ou pelo Plenário, um Ministro pode anunciar teses jurídicas arrojadas, seguidas de referências a essas decisões em casos posteriores como se fossem “jurisprudência” ou “precedentes” do tribunal⁵². Isso pode acontecer de forma direta, quando, na decisão monocrática, o Ministro já dá a sua interpretação de qual é a jurisprudência consolidada do tribunal sobre um determinado tema como justificativa para extinguir o processo sem levá-lo à apreciação dos colegas. Este, na verdade, é um poder diretamente previsto no regimento interno. Mas há mecanismos mais complexos de construção individual, não-colegiada, da jurisprudência do tribunal. Em especial, o Ministro pode adotar uma estratégia em vários movimentos. A primeira parte consiste em escolher uma decisão monocrática de *resultado* irrelevante (e que, portanto, não será objeto de recurso para uma turma ou para o plenário) e incluir, na fundamentação, as teses jurídicas potencialmente arrojadas que gostaria de ver tratadas como jurisprudência do tribunal. O passo seguinte consiste em voltar a essa decisão monocrática – seja em decisões monocráticas posteriores, seja nos seus próprios votos em decisões colegiadas – e tratá-la como “jurisprudência do tribunal”.

Por meio desses dois movimentos, o Ministro pode tentar construir como posição “do tribunal” textos contendo teses que, na verdade, não passaram por nenhum crivo colegiado. É verdade que caberá ao colegiado (na turma ou no plenário) concordar ou não com essas teses; mas o fato é que elas já serão apresentadas pelo Ministro aos seus colegas (e a audiências externas ao tribunal) como *parte do repertório jurisprudencial da corte*.

Por exemplo, em 2004, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática na ADPF 45. No caso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) havia questionado a constitucionalidade de um veto do Presidente sobre proposta de lei de diretrizes orçamentárias enviada pelo Congresso. O argumento era o de que, como a prevalência do veto faria com que a LDO ficasse abaixo da exigência constitucional mínima de alocação para a saúde, o STF deveria considerar o veto presidencial como “ato do poder pú-

52 É possível também observar mecanismos mais complexos do que a promoção inteiramente individual de teses jurídicas. É possível que, ao decidir um caso hoje, um Ministro procure *em decisões monocráticas de outros Ministros* os argumentos que sustentam sua posição no caso atual como se fosse expressão de precedentes do tribunal. Na verdade, os dois processos se alimentam. Uma vez que os Ministros em geral já estejam usando decisões monocráticas para anunciar teses jurídicas novas, aumenta a chance que qualquer Ministro tem de encontrar decisões monocráticas que, *sem ter passado pelo exame colegiado na corte*, contêm argumentos que se encaixam na sua posição.

blico” violador de “preceito fundamental” da Constituição. A tese jurídica era bastante ousada. Em 2004, como, aliás, até os dias de hoje, a doutrina brasileira não admite, exceto dentro de condições muito específicas, a possibilidade de controle de constitucionalidade de veto presidencial por meio de ADPF. Na verdade, o STF já havia rejeitado expressamente essa possibilidade⁵³.

Esse e outros pontos controvertidos da ADPF 45, porém, não chegaram a ser discutidos pelos Ministros do STF. Após negociações entre o Presidente e o Congresso, uma nova lei de diretrizes orçamentárias foi aprovada dentro das exigências constitucionais. Com isso, tecnicamente, a ADPF perdera o objeto, já que o suposto ato público questionado (o veto presidencial) deixara de existir. Mesmo assim, o relator do caso, Min. Celso de Mello, discorreu longamente sobre o mérito da questão dos pedidos do PDT *na mesma decisão monocrática em que reconhecia a perda de objeto*. Defendeu a possibilidade (i) de controle judicial de políticas públicas já previstas no texto constitucional, bem como de o STF realizar controle de constitucionalidade de (ii) vetos presidenciais por meio de ADPF e (iii) decisões legislativas referentes a orçamento⁵⁴. Na fundamentação de uma decisão monocrática sem objeto, portanto, o Ministro Celso de Mello lançou teses jurídicas arrojadas, que continham inclusive algumas transformações com relação à jurisprudência do STF.

O destino de tal decisão monocrática não mereceria maior atenção não fosse o que ocorreu nos anos seguintes. Nos anos subsequentes, o Ministro Celso de Mello frequentemente citava a ADPF 45 sempre que enfrentava questões relativas a controle judicial de políticas públicas já previstas diretamente na Constituição. No Ag. Reg. 436.996-6 (SP), decidido em 2005, por exemplo, ao discutir a possibilidade de o judiciário determinar que o município de São Paulo tinha a obrigação de construir creches, o Ministro Celso de Mello cita extensivamente a ADPF 45 para sustentar a posição de que esse tipo de controle de políticas públicas era perfeitamente admissível. No caso, aliás, o próprio Ministro Celso de Mello havia decidi-

53 Ver BARROSO, 2012.

54 Vale notar, aliás, que, ao defender a segunda tese, o Ministro Celso de Mello estava se distanciando da própria e recente jurisprudência do STF, que, na ADPF n.1, havia decidido pela impossibilidade de se utilizar este instrumento para controlar vetos do Presidente da República. Sobre essa decisão do STF, ver BARROSO, 2012. O relator da ADPF n.º 1, Ministro Néri da Silveira, aposentou-se no STF em 2003, pouco antes de o Ministro Celso de Mello decidir monocraticamente a ADPF n.º 45.

do a questão monocraticamente, julgando manifestamente improcedente o recurso do Município de São Paulo contra a decisão da instância inferior.

Anos após essas primeiras referências à ADPF como parte da jurisprudência do tribunal, outros Ministros começaram a adotar a mesma narrativa e utilizar o caso como argumento em suas próprias decisões⁵⁵. Por volta de 2011, a ADPF 45 já havia se integrado de forma aparentemente incontroversa ao acervo jurisprudencial do STF. Em ao menos um caso, sua própria condição formal de decisão monocrática de perda de objeto parece ter sido reescrita. Ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559.646, a Relatora Ministra Ellen Gracie rejeitou o recurso afirmando que “o Plenário” (sic) do STF havia reconhecido, na ADPF 45, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas previstas na Constituição⁵⁶. Nesse caso, aliás, a Ministra já havia decidido monocraticamente a questão, rejeitando o recurso, invocando explicitamente a ADPF 45 como suficiente para justificar uma decisão monocrática de manifesta incompatibilidade entre o pedido e a jurisprudência do STF.

Trata-se de um claro exemplo de incorporação completa da ADPF 45 no repertório jurisprudencial institucional disponível aos Ministros do STF. Outro exemplo pode ser encontrado no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.367.432, decidido por unanimidade pela 2ª turma em 20/04/2010. Em seu curto voto na ação, que tratava de questão similar à discutida pela Ministra Ellen Gracie no caso acima, o Ministro Relator Eros Grau asseverou que “o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas, fixou entendimento no sentido de que” esse controle judicial é possível – e completa a frase com a transcrição de um longo parágrafo da ADPF 45, sem qualquer referência ao fato de que teria se tratado de decisão monocrática. As duas decisões da 2ª turma nesses recursos não são exemplos isolados. Seria possível indicar outros⁵⁷.

55 Ver, por exemplo, as duas decisões monocráticas do Ministro Ayres Britto nos Recursos Extraordinários n.º 574.481, 574.506 e 572.960, todas de 2010. Os trechos em que o Ministro faz referência à ADPF n.º 45 são idênticos nas três decisões monocráticas.

56 Vale notar que a parte prejudicada pela decisão da Ministra havia alegado explicitamente que a ADPF n.º 45 não poderia ser considerada jurisprudência suficiente para a rejeição do pedido, por se tratar de decisão monocrática em caso de perda de objeto.

57 Ver, por exemplo, AI n.º 829.984, Rel. Min. Dias Toffoli, Julgamento em 25/02/2013 (“Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer a legitimidade do poder judiciário em determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administra-

Tecnicamente, não houve sequer manifestação judicial relevante em um caso como a ADPF 45 – nem mesmo manifestação *individual*, já que, na ausência de objeto a ser decidido, houve apenas a extinção do processo sem julgamento de mérito. Ocorre, porém, que a dimensão técnica é pouco relevante diante do fenômeno descrito acima. Caberia aos outros Ministros contestar, com base em considerações técnicas, a possibilidade de que uma decisão como a ADPF 45 possa contar como “jurisprudência”. Mas a ação iniciada pelo Ministro “empreendedor” acaba tornando essa possibilidade cada vez mais restrita, na medida em que a decisão vai aparecendo cada vez mais no vocabulário e no imaginário do tribunal como um “precedente” – em novas decisões monocráticas do mesmo Ministro, nos argumentos de partes que a citam em suas petições como precedentes, em decisões de instâncias inferiores que a tratam como indicador de jurisprudência⁵⁸. No caso, embora o tribunal ainda não tenha utilizado a ADPF 45 como precedente para justificar o controle de veto presidencial por meio de ADPF, aquela ação *já vem sendo sistematicamente tratada como precedente válido*. É questão de tempo até que venha a ser invocada para finalmente afirmar, como parte da jurisprudência do tribunal, a possibilidade (juridicamente ousada) de controle judicial da constitucionalidade de um veto presidencial sobre projeto de lei orçamentária ainda em discussão.

ção pública. Nesse sentido, anote-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF n.º 45, DJ de 4/5/04, e o acórdão da Segunda Turma no RE n.º 367.432/PR, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10”). Ver, no mesmo sentido, também se referindo à ADPF n.º 45 como indicador de teses já aceitas pela jurisprudência do STF: AI n.º 835.956, Rel. Min. Dias Toffoli (2013); RE n.º 661.757, Rel. Min. Dias Toffoli (2011); RE n.º 590664, Rel. Min. Ayres Britto (2011); ARE n.º 758.111, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013). Trecho idêntico pode ser encontrado no ARE n.º 679.616, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013): “Anotese, inicialmente, que este Supremo Tribunal assentou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de determinado serviço público, cuja carência específica afete, diretamente, direitos constitucionais, podendo tal definição judicial se dar “quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ADPF n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 4.5.2004), o que se dá na espécie vertente.”

58 Para um exemplo de como instâncias inferiores passaram a utilizar a ADPF n.º 45 como indicador da jurisprudência do STF, ver AI n.º 759543, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/10/2013. No caso, envolvendo intervenção judicial no provimento de serviços de saúde, o TJ-RJ havia decidido utilizando como fundamento “os fundamentos do parecer ministerial e de recente decisão do STF na ADPF 45” [grifos adicionados]. E, em sua decisão, o Ministro Celso de Mello considerou “corretíssimo, portanto, o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que bem examinou a controvérsia constitucional, dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 773/780)”.

Nesse cenário, decisões monocráticas podem de fato ser um meio de transformar, ao longo do tempo, a jurisprudência pessoal em narrativa institucional. Essa narrativa institucional pode ser interpretada por atores externos ao tribunal – parlamentares, Presidente, partes litigantes e inclusive juízes de instâncias inferiores – como uma sinalização acurada de qual a posição institucional sobre o tema. Tudo depende de como o Ministro conduzirá o empreendimento de rerepresentar a posição individual como memória institucional colegiada. Se for bem-sucedido, o Ministro terá produzido fora do tribunal o mesmo tipo de influência descrita nas seções anteriores, incentivando litigantes, outros tribunais e atores políticos em geral a adotarem certos comportamentos em detrimento de outros.

4. Implicações para estudos sobre o Supremo Tribunal Federal

Com a identificação desses poderes individuais dos Ministros, uma nova agenda de pesquisas pode se abrir. Paralelamente ao tribunal colegiado, pode existir também no Brasil um “Supremo Individual” – um conjunto de mecanismos pelos quais cada um dos Ministros do STF pode participar diretamente na política. Nesta sessão, levantamos algumas hipóteses e implicações normativas que surgem do reconhecimento desse “Supremo individual”, que se constitui em um canal paralelo ao “Supremo colegiado”, como caminho institucional para que as preferências individuais dos Ministros do STF produzam efeitos sobre o mundo fora do tribunal.

4.1. Poderes informais individuais x instituições formais colegiadas

As formas de exercício de poderes individuais apresentadas acima revelam que, em determinadas situações, um ministro do STF, comportando-se “fora” de marcos institucionais bem definidos, ao mesmo tempo ultrapassa os procedimentos internos requeridos para uma atuação colegiada do tribunal e se insere no processo político decisório com uma força institucional, com efeitos muitas vezes comparáveis à ação do próprio tribunal. Nesse sentido, uma ação individual informal de um ministro pode se apresentar e ser percebida na arena decisória da política nacional como poder de veto ou de ação do próprio STF. Essa característica da ação individual informal de um ministro do STF é que a torna capaz de afetar a dinâmica e os resultados do processo político. Porém, a forma como tal ação coexiste

e se relaciona com os aspectos institucionais do STF apresenta variações e pode ter implicações importantes para o entendimento do processo decisório e, conseqüentemente, para a explicação do comportamento dos atores e os efeitos das instituições.

Essa diversidade pode ser apreendida a partir de uma tipologia elaborada por Helmke e Levitsky (2004) para descrever as relações possíveis entre instituições formais e instituições informais. Essas podem ser de complementariedade, de substituição, de acomodação ou de competição, conforme se considera o tipo de resultado possível, se convergente ou divergente, e a efetividade ou inefetividade das instituições formais. Instituições informais complementares reforçam a efetividade das instituições formais, na medida em que atuam como uma espécie de reforço ou elemento facilitador/coordenador das normas, procedimentos e rotinas formalmente vigentes. Nesse caso, as instituições informais reforçam expectativas e crenças a respeito dos efeitos das instituições formais, contribuindo, inclusive, para uma maior aderência/obediência às regras formais existentes. Já as instituições informais substitutivas são aquelas que acabam exercendo os efeitos das instituições formais em contextos nos quais, por algum motivo, estas não são efetivas. A acomodação ocorre quando as instituições contradizem o espírito das regras formais vigentes, sem, contudo, violá-las claramente. Instituições “acomodativas” podem alterar os efeitos substantivos das regras formais sem precisar alterar as instituições formais existentes. Já instituições informais competitivas são as que levam os atores a ignorarem ou violarem as regras formais existentes (clientelismo, patrimonialismo e, no limite, corrupção).

A tipologia apresentada pode ser adaptada para captar como os comportamentos individuais informais dos ministros do STF se apresentam no processo decisório. De fato, as ações informais dos ministros do STF descritas na seção anterior podem ter resultados convergentes com ou divergentes das regras formais que estruturam o processo decisório do tribunal. No primeiro caso, as ações informais podem complementar ou substituir as regras formais vigentes. É possível conceber, também, ações informais que sejam substitutivas das ou competitivas com as regras institucionais existentes. A diferença, talvez, seja o fato de que para agir de forma complementar, substitutiva, acomodativa ou competitiva, as ações informais dos ministros não dependam tanto da efetividade ou inefetividade das instituições formais que estruturam o processo decisório do STF.

Como resultado, comportamentos informais conferem uma capacidade de ação individual aos ministros, ao permitirem que eles se desviem das regras formais do processo decisório interno, como dito anteriormente. Nesse caso, suas preferências acabam prevalecendo em detrimento das preferências que resultariam da agregação das decisões dos ministros de todo o tribunal colegiado (observar que se fosse decisão monocrática a informalidade não é necessária). Esses comportamentos informais produzem um efeito: cada ministro pode se constituir em uma espécie de instituição para atores externos ao tribunal, na medida em que suas preferências prevalecem e devem ser levadas em consideração por tais atores. Isto é, nos termos da análise institucional de Tsebelis, cada ministro se configura em um potencial ator de veto⁵⁹. Sendo assim, as críticas recorrentes ao caráter individualista da tomada de decisão no STF deveriam na verdade ser aprofundadas⁶⁰. Nossos exemplos sugerem que, ao lado de um processo decisório colegiado individualista, existem mecanismos – pouco formalizados, e pouco estudados – que permitem aos Ministros influenciar o mundo fora do tribunal, incluindo a política nacional, sem passar necessariamente pelo processo decisório interno. É importante observar, ao longo do tempo, se e como esses mecanismos coexistem com os processos mais familiares de atuação colegiada. É possível, por exemplo, que a ocorrência desses poderes individuais reforce a fragmentação interna do tribunal inclusive dentro do processo decisório colegiado.

4.2. Um Supremo minoritário?

Os comportamentos individuais dos ministros do STF podem ter implicações normativas importantes para a discussão sobre a legitimidade dos diferentes papéis que o tribunal pode exercer na vida política nacional. Em democracias constitucionais, tribunais com poder de realizar controle de constitucionalidade com frequência exercem uma atuação normalmente chamada de “contramajoritária” em relação às decisões do poder legislativo⁶¹. Assumindo-se que as decisões legislativas são o resultado de um processo decisório estruturado segundo uma regra de maioria, e que as ins-

59 TSEBELIS, 2002.

60 VIRGÍLIO, 2013; MENDES, 2012.

61 BICKEL, 1986.

tuições políticas se estruturam de acordo com critérios representativos, diversos autores colocam sob suspeita as credenciais democráticas de decisões judiciais que contrariem a manifestação política resultante dos canais representativos. Segundo uma justificativa típica do *judicial review*, certo tipo de questões – ligadas, por exemplo, à garantia de direitos individuais, ou às exigências de igual respeito e consideração entre diferentes indivíduos e grupos em uma sociedade plural – só podem ser adequadamente resolvidas fora de instituições majoritárias e da lógica da vontade da maioria⁶².

Contudo, como observa Jeremy Waldron, no fim das contas uma decisão judicial é o resultado de um processo de agregação de preferências dos juízes. Não obstante o discurso de que, no “fórum de princípio” constituído por juízes independentes da política, prevalece a força do melhor argumento, em caso de divergência os juízes precisam votar. E, ao votarem, em muitos a decisão vencedora surgirá em última instância dos números, não da persuasão mútua⁶³. É interessante notar, porém, que mesmo essa importante crítica de Waldron tende a assumir que, internamente, os tribunais constitucionais se constituem como órgãos majoritários: prevalece a decisão judicial defendida pela maioria dos Ministros, ainda que essa decisão possa ser contra-majoritária com relação ao ambiente político no qual o tribunal está inserido⁶⁴. Mas a possibilidade de um comportamento individual tal como descrito nesse artigo pode fazer com que, internamente, essa premissa não se verifique em todos os casos de *judicial review*. Pelos mecanismos que descrevemos nas seções anteriores, é possível que uma *minoría* de Ministros do STF determine resultados no processo político. Assim, em determinadas situações, será decisivo a correspondência entre a *preferência individual do juiz* e a posição expressa pela maioria legislativa.

62 DWORKIN, 2001.

63 WALDRON, 2006.

64 Uma questão importante discutida na literatura democrática a partir de proposições elaboradas pela teoria da escolha social inaugurada por Joseph Kenneth Arrow tem a ver justamente com a capacidade das regras de agregação de preferências refletirem, de fato, a preferência da maioria por conta das diferenças na ordem de preferências dos agentes envolvidos. Em determinadas situações, o que foi decidido pode depender do poder de agenda ou mesmo da manipulação política e expressará mais a preferência de determinados atores do que a preferência da maioria. Assim, haverá sempre a possibilidade de que os órgãos majoritários tomem uma decisão que não reflita as preferências da maioria. Para uma discussão sobre o teorema da impossibilidade ver ARROW, 1950. Sobre a importância do poder de agenda e sobre a manipulação política em geral ver RIKER, 1986. Para uma discussão sobre a possibilidade das decisões dos tribunais não refletirem a maioria ou estarem sujeitas a manipulações ver EASTERBROOK, 1982; e SHAPIRO, 2006. Outro fato a ser considerado é a forma de contagem da maioria. Os tribunais podem ser contramajoritários em relação a decisão tomada por maioria simples, absoluta ou qualificada. Sobre as complexidades envolvidas na contagem de maioria ver ELSTER, 2014.

Uma vez que levemos em conta as variações possíveis na relação entre maioria/minoria interna e maioria/minoria externa, as análises normativas da atuação do STF na democracia brasileira se tornam muito mais complexas. No quadro abaixo, sistematizamos as seguintes correspondências entre o exercício de poder judicial e o STF em geral, na horizontal, e entre as maiorias legislativas, na vertical:

		Posição Interna	
		Majoritário	Contramajoritário
Posição Externa	Majoritário	A	B
	Contramajoritário	C	D

Cada manifestação de preferências dos Ministros do STF pode ser enquadrada em um dos quadrantes acima. No quadrante C, temos a situação paradigmática dos debates de teoria constitucional sobre a legitimidade do *judicial review*: uma maioria de Ministros decide invalidar uma lei que contava com apoio político majoritário. No quadrante A, temos uma situação menos típica, mas talvez empiricamente mais comum em muitos contextos: uma maioria de Ministros vota em sentido que *afirma* a posição política da maioria⁶⁵. Ou seja, há uma convergência entre o exercício de poder judicial e o resultado da aplicação de regra de maioria no processo político decisório mais amplo, e a atuação do tribunal é, na verdade, “majoritária”.

A grande novidade está na coluna da direita, nos quadrantes B e D. No quadrante B, uma *minoría* de Ministros exerce poder sobre a política de forma a *afirmar* a posição de uma maioria legislativa. No quadrante D, uma *minoría* de Ministros *contraria* a posição dessa maioria legislativa. Normalmente, essas combinações seriam impossíveis, se considerarmos que, em um processo decisório colegiado, é de se esperar que a decisão resultante expresse uma posição majoritária. Contudo, por meio dos poderes individuais que os Ministros do STF têm, em nossa análise, para influenciar resultados na esfera política, os quadrantes B e D se tornam possíveis na prática. Por meio de pedidos de vista, antecipações e manifestações na imprensa e usos criativos de “jurisprudência pessoal”, cada Ministro individual pode levar atores majoritários externos ao tribunal a mudarem de posição, produ-

65 FRIEDMAN, 2009; EPSTEIN; MARTIN, 2010.

zindo assim efeitos contra-majoritários (quadrante D). Por outro lado, esses mesmos poderes podem ser usados para que Ministros individuais reforcem e legitimem decisões política majoritárias (quadrante B).

Os efeitos dessas manifestações individuais de poder judicial dependem de uma série de fatores e podem perfeitamente não ser permanentes. Contudo, o fato é que, ao menos temporariamente, elas representam uma manifestação *internamente minoritária* de poder judicial que pode ter efeitos majoritários ou contramajoritários na esfera política. As implicações normativas dos cenários descritos acima merecem ser exploradas. Se já é problemático considerar que uma maioria de Ministros independentes da política contrarie a vontade da maioria, o que dizer da possibilidade de que uma *minoria de Ministros independentes* exerça um papel contramajoritário? Nesse cenário, a força da crítica à legitimidade do *judicial review* seria talvez redobrada. Trata-se de um tema a ser discutido em futuros estudos do papel do STF na democracia brasileira. Para que essa e outras agendas se abram, porém, é preciso antes de mais nada reconhecer a possibilidade, no desenho institucional e na prática decisória do STF, de que Ministros realizem comportamentos capazes de produzir efeitos na esfera política sem passar pelo processo colegiado judicial.

5. Conclusão

Estudos e críticas à participação do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional costumam assumir, ainda que implicitamente, que a decisão do tribunal a ser analisada ou criticada é obtida após um processo decisório interno colegiado. Mesmo que esse processo seja imperfeito, ele é condição necessária para que os *inputs* individuais dos Ministros possam produzir efeitos relevantes sobre o mundo fora do tribunal. Neste trabalho, procuramos mostrar que, na arena política externa ao STF, o poder judicial pode produzir efeitos em dois tipos de configuração distintos. Ao lado do processo decisório colegiado, existem alguns canais pelos quais a ação de Ministros individuais pode ser suficiente para afetar o comportamento de outros atores políticos, sociais e judiciais.

Este artigo tem uma finalidade primariamente exploratória, e, mesmo que nossos exemplos e argumentos sejam persuasivos, esses poderes individuais dos Ministros exigirão mapeamentos conceituais mais aprofundados e testes empíricos sistemáticos. Em todo caso, se nossos breves estudos

de caso forem plausíveis, três conjuntos de implicações e perguntas podem ser delineadas desde já. Como justificar uma atuação judicial externamente contramajoritária, mas internamente minoritária? Qual a relação entre a frequência com que esses poderes são utilizados, de um lado, e o funcionamento (muitas vezes imperfeito) dos processos de decisão colegiada, de outro? Por fim, o reconhecimento desses poderes individuais pode ser relevante para estudos no campo das ciências sociais sobre o STF como um ator no processo político nacional. Além de procurar por evidências de influência, na política, das decisões que o STF produz como instituição colegiada, é preciso manter a agenda aberta para incorporar nas explicações do papel do tribunal os efeitos observáveis do que os Ministros individuais conseguem fazer quando, mesmo agindo individualmente e sem mediação colegiada, tomam de empréstimo o poder da instituição como um todo.

Referências Bibliográficas

- ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Universitas Jus (UniCeub Law Journal), v.25, n.1, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck; Hartmann, Ivar A. Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Trabalho apresentado no *Stanford International Junior Faculty Forum*, Faculdade de Direito da Universidade Stanford (EUA), 10-11 de Outubro de 2014.
- ARROW, Kenneth. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. *Journal of Political Economy*. V.58, n.4, pp. 328-346, 1950.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Controle da Constitucionalidade das Leis no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CARVALHIDO, Anna Luiza; GUERRA, Pedro Henrique Giocondo. Um Retrato dos Recursos Extraordinários. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (orgs.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014.

- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- EASTERBROOK, Frank. *Ways of criticizing the Court*. Harvard Law Review, v.95, 1982.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. *Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly Yes (but we're not sure why)*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, V. 13, N. 263, 2010.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vítor. *3o Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Instituições Políticas e Governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira*. In: MELO, Carlos R.; SAEZ, Manuel A. (orgs.) *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, pp. 147-198, 2007.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrax, Straus and Giroux, 2009.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. *Political science and the three new institutionalisms*. *Political Studies*, n. XLIV, pp. 936-957, 1996.
- HELMKE, Gretchen; LEVITZKY, Steven. *Informal Institutions and Comparative Politics: A research agenda*. In: *Perspectives on Politics*, v. 2, n.º 4, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MENDES, Conrado Hubner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: VOJVODIC, Adriana et al (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOISÉS, José Álvaro. "O Desempenho do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão". In: MOISÉS, José Álvaro (org.) *O Papel do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 7-29, 2011.
- NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n.º 80, 2012.
- _____. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e Panelinhas. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n.º 44, 2012.
- OSTROM, Elinor. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005.
- OSTROM, Elinor et al. “An Assessment of the Institutional Analysis and Development Framework and Introduction of the Social-Ecological Systems Framework”. In: SABATIER, Paul; WEIBLE, Christopher (Orgs.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 2014.
- PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. In: *Dados*, vol. 46, n.º 4, pp. 735-771, 2003.
- PEREIRA, Saylor Alves. Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade. Monografia de Conclusão de Curso. São Paulo, 2010. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck e PEIXOTO, Vitor Moraes. *Levando a Decisão Judicial a Sério: Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas*. Trabalho apresentado no GT “Políticas Públicas” do 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais, 2009.
- RIKER, William. *The Art of Political Manipulation*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, n.39, 1987.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SHAPIRO, Ian. *Fundamentos Morais da Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. In: *ICON – International Journal of Constitutional Law*, n.º 11, pp. 557-584, 2013.
- STÉPHANIE, Novak; ELSTER, Jon. “Introduction”. In: STÉPHANIE, Novak; ELSTER, Jon. *Majority Decisions: principles and practices*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- SUSSEKIND, Evandro. *Vontade do Legislador ou Constituição Generosa? Traçando o Constituinte para o debate sobre o controle de constitucionalidade*

- preventivo. Trabalho de Conclusão de Curso* (Graduação em Direito). Rio de Janeiro, 2014. Fundação Getúlio Vargas.
- TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Dados*, v. 50, n.º 2, pp. 229-257, 2007.
- TAYLOR, Matthew. *Judging Policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- TSEBELIS, George. *Veto Players: How political institutions work*. New York: Russell Sage Foundation; Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck.; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete Anos de Judicialização da Política*. *Tempo Social*, v. 19, n.º 2, pp. 39-85, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n.º 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.
- VOJVODIC, Adriana et al. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun., 2009.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, p.1348-1406, 2006.
- WEAVER, Kent; ROCKMAN, Brent (orgs.). *Do Institutions Matter? Government capabilities in the United States and Abroad*. Washington, DC: Brookings Institution, 1993.

Documentos e Sites

- PEREIRA, Thomaz Junqueira. Proposta de Constituinte Exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política. Observatório Constitucional – Consultor Jurídico, 24 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-24/ideia-constituente-exclusiva-mostratensoes-entre-direito-politica>>. Acesso em 3 de novembro de 2014.

Recebido em 3 de novembro de 2014

Aprovado em 1º de janeiro de 2015

Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile*

A historic and comparative perspective on the Office of the Comptroller General of the Republic of Chile

Iván Mauricio Obando Camino**
Universidad de Talca, Talca-Maule, Chile

Johann Stefan Allesch Peñailillo***
Universidad de Talca, Talca-Maule, Chile

1. Introducción

El presente artículo explora el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría General de la República, en adelante la Contraloría, con el objeto de exponer los antecedentes que presidieron su creación legal y su fortalecimiento subsecuente en el ordenamiento constitucional chileno, como asimismo, para comparar someramente dicho órgano con otras contralorías y órganos de control administrativo semejantes existentes en la región.

Los antecedentes históricos analizados revelan un proceso de consolidación progresiva de la autonomía institucional de la Contraloría General

* El presente artículo constituye una versión corregida y aumentada del trabajo titulado “La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada”, publicado en Contraloría General de la República (2012): *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Santiago, Contraloría General de la República), pp. 69-89.

** Profesor de Derecho Público en la Universidad de Talca, Chile, Abogado, Doctor y Magíster en Ciencia Política por la Universidad Estatal de Nueva York-Albany y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Valparaíso. E-mail: iobandoc@utalca.cl.

*** Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Talca, Chile, Abogado, Magíster en Derecho Patrimonial y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. E-mail: jallesch@utalca.cl.

de la República, desde sus modestos orígenes legales, en 1927, hasta el periodo posterior a su constitucionalización, en 1943.

Ellos sugieren que el Poder Legislativo, en un comienzo, y el Poder Constituyente, más tarde, decidieron otorgar independencia y autonomía a aquélla, respecto de los Poderes del Estado, con miras a salvaguardar la juridicidad en el marco de un Estado de Derecho, controlar la gestión de los recursos públicos y mantener el orden de la hacienda pública, en un contexto político y constitucional caracterizado por el crecimiento sostenido de la potestad ejecutiva del Presidente de la República, el debilitamiento de la función fiscalizadora del Congreso Nacional y la institucionalización del sistema de partidos políticos.

De esta manera, una reforma administrativa que surgió como resultado del interés de la elite militar y gubernamental por obtener préstamos y atraer inversiones extranjeras, a mediados de la década de 1920, terminó por atraer el interés de la elite política una década y media más tarde, una retornada la normalidad constitucional, la que cifró en este órgano sus esperanzas de controlar al Poder Ejecutivo, dada la ineficacia relativa de los mecanismos de control parlamentario previstos en la Constitución Política de 1925.

El buen desempeño de la Contraloría, de sus Jefes Superiores y funcionarios, como asimismo el apoyo que le otorgó en el tiempo el Congreso Nacional, pavimentó el camino para la aceptación y expansión de su función de control administrativo – la denominada función fiscalizadora, del Poder Ejecutivo, lo que hizo posible que sus dictámenes e informes jurídicos no fueron desafiados abiertamente por este último en largo tiempo.

Así las cosas, la autonomía de la Contraloría ha sido abonada por el tenor de textos constitucionales dictados en épocas distintas, la institucionalización de sus prácticas, rutinas y procedimientos, y por el apoyo político con que ha contado para el desempeño de sus funciones. Por lo anterior, ella se ha erigido en un órgano de control administrativo autónomo, en casi todos sus aspectos, respecto de los Poderes del Estado, constituyendo hoy en día una institución distintiva del sistema político chileno. Con todo, el texto constitucional requiere explicitar aún más el contenido de dicha autonomía de la Contraloría, restableciendo en lo posible la autonomía presupuestaria de que gozó hasta el año 1977.

Por otra parte, el Derecho Comparado Latinoamericano sugiere que la Contraloría cuenta con un alto grado de autonomía institucional, carac-

terística que es compartida con algunos órganos semejantes de la región. Igualmente, que ella es de los pocos órganos de control administrativo que ejerce el control de juridicidad –de tipo preventivo y de constitucionalidad y legalidad, de los actos de la Administración del Estado, como distinto al control presupuestario y fiscal, dentro del mismo ámbito geográfico.

Este artículo consta de seis secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones, La sección II. se refiere a la creación de la Contraloría en 1927. La sección III. discurre sobre su elevación a rango constitucional en 1943. La sección IV. trata sobre el reforzamiento constitucional efectuado a este órgano en 1980. Finalmente, la sección V. ofrece antecedentes sobre algunas contralorías y órganos de control administrativo semejantes que existen en el Derecho Comparado Latinoamericano, los que permiten visualizar la singularidad de la Contraloría chilena.

2. La creación de la Contraloría en 1927

En 1925 el gobierno chileno, en manos de los militares, estaba interesado en obtener préstamos y atraer inversión extranjera con el objeto de estimular el crecimiento económico. Para esto contrató una misión privada estadounidense, la que debía proponer medidas tendientes a la estabilización económica y reformas administrativas y fiscales, con el objeto de crear un ambiente propicio al acceso a dichos recursos. Esta misión fue encabezada por el Dr. Edwin Kemmerer –a la sazón profesor de finanzas en la Universidad de Princeton y ex-comisionado de comercio del gobierno estadounidense que había visitado países latinoamericanos en 1922, quien había sido anteriormente consultor de diversos gobiernos extranjeros, v. gr. Filipinas, México, Guatemala, Colombia y Sudáfrica, para fines de estabilización monetaria y reorganización administrativa. La Misión Kemmerer propuso diversas medidas al gobierno chileno, como la creación de un banco central; el restablecimiento del padrón oro; la aprobación de legislación crediticia, bancaria y fiscal, y la creación de una contraloría general y oficina de contabilidad gubernamental, entre otras¹.

Para estos efectos, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927, el Presidente de la República, Sr. Emiliano Figueroa Larraín, dispuso la creación de la Contraloría. Este cuer-

1 DRAKE, 2004.

po legal supuso la aprobación del denominado “Proyecto de Contraloría Jeneral de la República” propuesto por Kemmerer, basado para ello en la Oficina del Contralor y Auditor General de Inglaterra, el que había sido informado favorablemente por una comisión ad-hoc, presidida por el Superintendente de Bancos, Sr. Julio Philippi, y compuesta por los Sres. Eduardo Puelma, Miguel Vergara, Alfonso Hernández y W. M. van Deusen².

Los fundamentos de este cuerpo legal enfatizaron la necesidad de centralizar en un órgano administrativo especial, que actuara con unidad de propósitos, la fiscalización de los ingresos nacionales y la inversión de los recursos fiscales, dirigido por un jefe dotado de amplias facultades, “para que pueda responder ante el Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan”.

Por lo demás, el control administrativo de los fondos públicos, a la sazón existente, era ineficiente para una ordenada y arreglada contabilidad pública, pues, al decir de Silva Cimma,

el Tribunal de Cuentas que estaba facultado para practicar el examen legal y constitucional de los decretos supremos, sólo venía a imponerse de la legalidad de los gastos realizados al año después de que había tomado razón de los decretos que autorizaban los referidos gastos, ya que sólo entonces recibía el estado financiero³.

El art. 2º de este cuerpo legal nombró Contralor General de la República interino al Ministro de Hacienda, Sr. Pablo Ramírez Rodríguez, quien resultó determinante -en el corto plazo, para la introducción del tecnocratismo en el naciente Estado administrativo chileno⁴. Los arts. 2º y 3º de aquél le autorizaron para designar un sub-contralor interino y el personal necesario para ejecutar los trabajos preliminares tendientes a la organización de la naciente Contraloría, lo que facilitó la contratación de cuadros técnicos y profesionales de similar inspiración⁵.

El art. 1º del proyecto aludido dispuso la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Sección de Bienes Nacionales

2 PINTO *et al.*, 1977, pp. 6 y 9.

3 SILVA CIMMA, 1969, p. 372.

4 SILVA, 2010, p. 72 ss.

5 *Ibid.*, p. 78

y la Dirección General de Estadística en una oficina administrativa, denominada Contraloría General de la República, la que “será independiente de todos los Ministerios y de las demás reparticiones del Estado.” El art. 2° señaló que un funcionario, denominado Contralor General de la República, en adelante el Contralor General, tendría a su cargo la Contraloría, quien sería nombrado por el Presidente de la República y permanecería seis años en sus funciones, pudiendo ser reelegido. Finalmente, los arts. 2° ss. contemplaron una organización administrativa básica consistente en un Contralor General, un Subcontralor y un Inspector General de Servicios Públicos. Finalmente, el art. 38 dispuso que la ley de presupuestos de la Nación contemplase los fondos necesarios para el mantenimiento del servicio, previa fijación por decreto del Contralor General, aprobado por el Ministro de Hacienda.

En retrospectiva, la fusión del Tribunal de Cuentas y de la Dirección de Contabilidad General, mencionados *supra*, resultó de importancia para la institucionalización de la Contraloría, ya que ambos ejercían algunas de las funciones de control que distinguieron posteriormente a esta última⁶. En efecto, la Dirección de Contabilidad General, creada por decreto supremo en 1869 y elevada a rango legal en 1875 y 1883, controlaba la contabilidad de la Hacienda Pública e inspeccionaba todas las oficinas recaudadoras de ingresos fiscales, mientras que el Tribunal de Cuentas, creado por ley en 1888, que tradicionalmente examinaba y juzgaba las cuentas de quienes administraban bienes del Estado, pasó a controlar la juridicidad –mediante el trámite de toma de razón, de los actos administrativos en general en 1894⁷.

Cabe agregar que el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927, modificó este primer cuerpo legal y reorganizó la Contraloría, adaptando su “*organización y funcionamiento a las prácticas y al sistema administrativo vigentes*”⁸, y además estableció –en su art. 8°, que los decretos supremos estarían sujetos al control de constitucionalidad y legalidad, por parte de la Contraloría, procediendo a su respecto el decre-

6 Ambos órganos contaban con algunos antecesores republicanos, como el Tribunal Mayor de Cuentas de 1820; la Comisión de Rezagos, la Inspección de Cuentas y la Mesa de Residencia, todos de 1828; la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas de 1839 y la Corte de Cuentas de 1875. SILVA CIMMA, 1969, pp. 369-372; QUINZIO, 1969, pp. 477-479.

7 El decreto de insistencia fue creado en 1909. PINTO *et al.*, 1977, pp. 255, 257, 261 s., 265.

8 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1977, p. 27.

to de insistencia del Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado.

La organización interna dispuesta por este cuerpo legal fue bastante simple. Conforme a los arts. 2° ss. del mismo, la Contraloría constaba de un Contralor General; un Subcontralor y una Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos, sin perjuicio de las Secciones y Organismos que estableciere un reglamento administrativo que debía dictarse por el Presidente de la República. El Contralor General, el Subcontralor y el Inspector General eran nombrados por el Presidente de la República.

Algunos años más tarde, la Contraloría adquirió una estructura interna más compleja mediante el Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría, reglamentado por el Decreto Supremo N° 935, del Ministerio de Hacienda, de 1933, Reglamento Orgánico de la Contraloría⁹.

Conforme a los arts. 2°, 3° y 5° de esta ley orgánica, el Contralor General estaba a cargo de la Contraloría, era nombrado por el Presidente de la República y gozaba de inamovilidad en su cargo, al igual que el Subcontralor, en marcado contraste con la ley de reorganización previa¹⁰. La organización interna de la Contraloría, a su turno, se volvió más compleja y constaba de un Contralor; un Subcontralor; la Secretaría General; los Departamentos de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos y Examen de Cuentas, de Contabilidad, y Jurídico, y los Subdepartamentos de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos; de Toma de Razón; de Crédito Público y Bienes Nacionales, y de Registro de Empleados Públicos.

Asimismo, esta ley orgánica reiteró que la Contraloría era independiente de todo otro servicio público y autoridad del Estado, como asimismo estableció sus funciones fundamentales de control administrativo, tanto preventivo como represivo, en materia de juridicidad, administración de bienes, contabilidad pública y personal, según el caso.

En tal sentido, su art. 1° preceptuó:

Artículo 1.º La Contraloría General, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingre-

9 Esta ley orgánica fue modificada por las Leyes N.º 6.915, de 1941; N.º 7.200, de 1942; N.º 7.727, de 1943; N.º 9.687, de 1950, entre otras.

10 La Ley N.º 9.687, de 1950, estableció que el nombramiento del Contralor General debía efectuarse por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

so e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de la Beneficencia Pública; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo fondos o bienes de las entidades indicadas y de los demás servicios o instituciones sometidos por la ley a su fiscalización y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomienden esta ley y su reglamento y los demás preceptos vigentes o que se dicten en lo futuro, que le den intervención.

Complementando lo anterior y basándose en la ley de reorganización dictada cinco años antes, el art. 8° de esta ley orgánica dispuso lo siguiente:

El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de veinte días contado desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros. La representación se hará con la firma del Contralor y, en caso de insistencia, se consignará en la Memoria Anual que la Contraloría deberá presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional¹¹.

Con todo, no existió claridad inmediata sobre la importancia que podía llegar a tener la función fiscalizadora de la Contraloría, en cuanto órgano de control administrativo y preventivo de la juridicidad de la Administración del Estado, lo que se vio reflejado en la percepción de la doctrina iuspublicista al respecto. Así, Raveau sólo aludió a la Contraloría con motivo de las bases constitucionales de la hacienda pública, específicamente respecto de la cuenta e inversión de las rentas públicas¹², al tiempo que Jara se limitó a analizar el Tribunal de Cuentas –órgano interno de la Contraloría, como una manifestación de la jurisdicción administrativa en Chile¹³.

11 Según Raveau, este precepto legal estaba en concordancia con el art. 21 de la Constitución Política de 1925, que preceptuaba: “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del Presupuesto que autorice aquel pago.” (RAVEAU, 1939, p. 261).

12 RAVEAU, 1939, pp. 260 s.

13 JARA, 1943, pp. 249, 288.

La explicación a lo anterior obedeció a que la función en comento fue visualizada con cierto desdén, por parte del Presidente de la República, quien hizo uso frecuente de la dictación de decretos de insistencia, con la firma de todos sus Ministros de Estado, en las décadas de 1930 y 1940, con el objeto de superar las objeciones de juridicidad realizadas a sus actos administrativos por la Contraloría¹⁴. Incluso, el Jefe de Estado llegó a dictar decretos de insistencia por anticipado, denominados “decretos nonatos”, sin esperar la representación de juridicidad a un acto administrativo previo, por parte de la Contraloría, con el objeto frecuente de eludir límites al gasto público establecidos en la Ley de Presupuestos de la Nación¹⁵.

Por lo demás, la circunstancia que la independencia -política y funcional, de la Contraloría no estuviera suficientemente cimentada en aquellos años -más allá de lo que dispusieran las leyes, en gran medida por el rango infra-constitucional de aquella, no ayudó mucho a la eficacia de su labor fiscalizadora. Por lo anterior, la extensión de su función fiscalizadora respecto de todas las instituciones fiscales, semifiscales y la mayoría de los organismos dependientes o creados por el Estado, llevada a cabo por la Ley N° 7.200, de 1942, no tuvo una repercusión inmediata en el sistema de control administrativo del Estado chileno. Sin embargo, esto cambiaría poco tiempo después.

3. La constitucionalización de la Contraloría en 1943

El primer texto constitucional que contempló la Contraloría fue la Constitución Política de 1925, luego de la reforma constitucional de la Ley N° 7.727, de 1943, que elevó a rango constitucional a aquella, calificándola de organismo autónomo.

Originalmente, esta reforma perseguía fortalecer la iniciativa legislativa del Presidente de la República en materias administrativas, mediante la concesión de una iniciativa exclusiva a aquél, pero durante el proceso legislativo el proyecto de ley respectivo fue enmendado, entre otros, para circunscribir la potestad creciente del Presidente de la República en materia de gasto público, mediante la creación de decreto de emergencia

14 FAÚNDEZ, 2010, p. 44.

15 Según un estudio de la OECD, el Presidente de la República dictó 116 de estos decretos entre 1932-1937, 65 entre 1938-1941 y 65 en 1942. Cfr. OECD, 2014, p. 106.

económica¹⁶, y reforzar las atribuciones fiscalizadoras, contables y jurisdiccionales de la Contraloría, dada la ineficacia relativa de los mecanismos de control parlamentario, pasando aquélla a gozar de autonomía constitucional y a ejercer progresivamente tales atribuciones sin interferencia de otras autoridades.

Para ello el art. 1° de dicha reforma agregó tres nuevos incisos al art. 21 de la Constitución Política de 1925, los que elevaron a rango constitucional diversas funciones desempeñadas por la Contraloría desde su creación. El precepto constitucional era del siguiente tenor:

Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos./ La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el número 10.º del artículo 72 de la Constitución, y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados./ También enviará copia a la misma Cámara de los decretos de que tome razón y que se dicten con la firma de todos los Ministros de Estado, conforme a lo dispuesto en el precepto citado en el inciso anterior¹⁷.

Curiosamente, la función de control de la juridicidad de los actos de la Administración del Estado, encomendada tradicionalmente a la Contraloría por la ley, no fue elevada a rango constitucional por la reforma citada, pero no adquirió una importancia especial en los años siguientes, como indicado *infra*.

Del mismo modo, el art. 4° de este cuerpo legal confirió al Contralor General legitimación pasiva respecto de acusaciones constitucionales, desde el momento que el art. 4° de la ley citada, modificando el art. 39 de la

16 Este decreto permitía efectuar gastos no autorizados por ley, hasta un máximo anual del 2% del monto de gastos contemplados en la Ley General de Presupuestos, como una forma de terminar con el abuso contemporáneo del decreto de insistencia. Cfr. GIL, 1969, p. 115.

17 VALENCIA, 1986, p. 240.

Constitución Política de 1925, estableció que era atribución exclusiva de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones interpuestas por diez diputados, a lo menos, en contra del Contralor General por notable abandono de sus deberes¹⁸.

Esta reforma constitucional fue puesta de relieve dos años más tarde aproximadamente y las circunstancias que rodearon su aplicación determinaron la eficacia y autoridad de la Contraloría en el mediano plazo, como órgano autónomo de control administrativo.

En efecto, el Contralor General, Sr. Vigorena, fue acusado constitucionalmente por notable abandono de sus deberes y destituido de su cargo por el Congreso Nacional en 1945, lo que este último hizo consistir en haber realizado aquél un control meramente formal y objetivo de juridicidad –como había sido la tónica desde la creación de la Contraloría, de ciertos actos administrativos sobre relaciones laborales y regulación de actividades económicas, dictados por el Presidente de la República. Este episodio político señaló claramente que el Congreso Nacional había elevado la Contraloría a rango constitucional por razones de fondo, vinculadas a un control más estricto de la actividad administrativa tendiente a evitar el abuso de los amplios poderes delegados al Presidente de la República por el Congreso Nacional, pudiendo aquélla ir en ciertos casos más allá del control de juridicidad meramente formal y objetivo de los actos de la Administración del Estado. Asimismo, estableció que el Contralor General podría contar a futuro con el respaldo parlamentario en esta nueva forma de desempeñar sus funciones institucionales, ya que la reforma constitucional en comento había marcado un antes y un después respecto de las dos áreas de política pública que habían motivado la acusación constitucional referida *supra*¹⁹.

Es así que la Contraloría adoptó una aproximación dual al control de la juridicidad de los actos de la Administración del Estado en las décadas siguientes, sin especificar claramente los fundamentos para ello. Tratándose de las áreas de relaciones laborales, v. gr. reanudación de faenas en conflictos laborales, y regulación de actividades económicas, v. gr. requisiciones de bienes para fines de control de precios, el Contralor General exigió que se le proveyera además evidencia de los fundamentos de hecho de los actos

18 VALENCIA, 1986, pp. 240 s.

19 Cfr. FAÚNDEZ, 2011, pp. 142 ss.

administrativos respectivos, mientras que en otras áreas, como la seguridad pública, mantuvo el control meramente formal y objetivo de juridicidad de tales actos²⁰. Sin perjuicio de lo anterior, una aproximación teleológica, basada en los objetivos de la ley respectiva, permeó el control de juridicidad de ciertos actos de la Administración del Estado referentes a la regulación de actividades económicas durante la Administración Allende²¹.

Lo anterior explica que la Contraloría expresara, sin ambages, en una publicación institucional de la segunda mitad de la década de 1970 lo siguiente:

Hace diez años, la Contraloría abandonó el control formal y postuló un control finalista./ [...] Este nuevo espíritu puede resumirse diciendo que la Contraloría General se siente participe de los problemas del Estado y de su Administración, por estar consciente que dentro de la interrelación institucional que se produce en el sector público no habrá buen control si hay mala administración activa, y por estar incommoviblemente convencida de que no podrá admitirse como buena, una administración activa que produzca estériles resultados hacia la colectividad, todo ello dentro de un ambiente de irrestricto respeto al orden jurídico y a los derechos de cada cual./ [...] ²².

La consecuencia de lo anterior fue que la dictación de decretos de insistencia pasó a ser un fenómeno infrecuente en los años siguientes, con lo cual el Presidente de la República se habituó a justificar sus actos administrativos ante la Contraloría, sometiéndose progresivamente las decisiones de esta última en materia de fiscalización administrativa. Contrariamente a lo esperado, ello no entorpeció el accionar del Poder Ejecutivo, porque éste contaba —o podía llegar a contar, con amplias facultades regulatorias delegadas por el Congreso Nacional, de ser necesario; por lo tanto, el Presidente de la República prefirió cuidar la relación con el Congreso Nacional, antes que enfrentarse a la Contraloría²³.

Sin embargo, cuando el Presidente de la República careció de un apoyo parlamentario claro para llevar a efecto su programa de gobierno, como

20 OECD, 2014, pp. 145 ss.

21 FAÚNDEZ, 2011, p. 245.

22 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1977, p. 45.

23 *Ibid.*, p. 147.

aconteció bajo la Administración Allende, el control de juridicidad de los actos administrativos realizado por la Contraloría hizo casi desaparecer la dictación de decretos de insistencia por parte del Poder Ejecutivo, dadas las repercusiones políticas que el ejercicio de esta atribución presidencial podía tener en la arena parlamentaria²⁴.

La constitucionalización de la Contraloría en 1943 y las circunstancias que rodearon la acusación constitucional en contra del Contralor General en 1945, entonces, permitieron a aquélla desarrollar ampliamente la fiscalización administrativa desde fines de la década de 1940, lo que constituyó una necesidad ante la siempre creciente y dinámica actividad de la Administración del Estado. Esto hizo posible la institucionalización de la Contraloría, como órgano constitucional de control administrativo en el sistema político chileno, sin evadir los conflictos con el poder político, como aconteció a mediados de la década de 1950 con el Presidente Ibáñez, principios de la década de 1960 con el Presidente Alessandri y principios de la década de 1970 con el Presidente Allende²⁵⁻²⁶.

Paralelamente, su labor interpretativa de las leyes administrativas permitió el desarrollo de una frondosa jurisprudencia administrativa, la que permitió el funcionamiento sujeto a Derecho de la Administración del Estado, lo que fue relevante por la inexistencia de un contencioso-administrativo general y la renuencia de los tribunales ordinarios para conocer de acciones contencioso-administrativas interpuestas por la dictación de actos ilegales de la Administración citada²⁷.

Conforme al art. 21 de la Constitución Política de 1925, la Contraloría tenía las siguientes funciones: Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, exceptuadas

24 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1977, pp. 246 s.

25 GIL, 1969, p. 116; e FAÚNDEZ, 2011, pp. 246 s.

26 Bajo el gobierno autoritario del Gral Pinochet, éste hizo renunciar anticipadamente al Contralor General, Sr. Humeres, nombrado en 1968, por las objeciones jurídicas –de forma y fondo, que él formulare al decreto supremo dictado para convocar a la consulta nacional de 4 de enero de 1978. El Sr. Humeres fue reemplazado en el cargo, por un espacio de cuatro meses aproximadamente, por el Sr. Fernández, quien era hasta el momento Ministro de Estado del Gral Pinochet, lo que facilitó la toma de razón del acto administrativo –previamente modificado, que convocó al citado acto plebiscitario. CAVALLLO et al., 2013, pp. 217-220

27 PIERRY, 2002, pp. 383 ss., 389.

las del Congreso Nacional; llevar la contabilidad general de la Nación; y, desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley. Consecuentemente, ella tenía una función fiscalizadora, la que ejercía a través de los Departamentos Jurídico; de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos y Examen de Cuentas; y, de Contabilidad²⁸.

La nueva ley orgánica de la Contraloría, Ley N° 10.336, de 1952, reglamentó extensamente el mandato constitucional, pese a que su art. 1° parafraseó lo dispuesto en el art. 1° del Decreto Ley N° 258, de 1932. La estructura orgánica consultada en el art. 2° de esta ley era prácticamente la misma –salvo por la nueva Fiscalía, contemplada en la ley orgánica precedente; sin embargo, el Contralor General, quien era el Jefe del Servicio, era nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y gozaba de inamovilidad en el cargo –al igual que el Subcontralor, de acuerdo a los arts. 3° y 6°²⁹. Más tarde, la Ley N° 11.151, de 1953, extendió el examen de cuentas a las instituciones estatales de previsión social, mientras que la Ley N° 14.832, de 1962, autorizó al Contralor General para establecer controles sustitutivos de la toma de razón y construir dependencias de la Contraloría en las distintas zonas del país³⁰. Por último, el Decreto con Fuerza de Ley N° 42, del Ministerio de Hacienda, de 1959, otorgó autonomía presupuestaria a la Contraloría, mediante el otorgamiento a esta última de un porcentaje no inferior al 0,39% del monto del presupuesto anual de gastos señalado en la ley de presupuestos, a diferencia de lo que acontecía en la ley orgánica precedente, lo que fortaleció aún más su autonomía constitucional y su función fiscalizadora³¹.

Al decir de Silva Bascuñán, la mentada autonomía permitía a la Contraloría desempeñarse “con plena libertad en el ejercicio de sus tareas, en relación a los entes sobre que recae su acción e incluso respecto de los órganos fundamentales del Estado”³². Silva Cimma agregó que dicha autonomía era

28 SILVA CIMMA, 1969, pp. 374 s.

29 Esta ley orgánica fue modificada por los Decretos con Fuerza de Ley N° 219, de 1953 y N° 42, de 1959, ambos del Ministerio de Hacienda; como asimismo, por las Leyes N° 11.151, de 1953; N° 14.832, de 1962; N° 15.364, de 1963; N° 15.840, de 1964; N° 16.068, de 1965; N° 16.391, de 1965; N° 16.433, de 1968; N° 16.723, de 1967; N° 17.617, de 1972; N° 17.881, de 1973 y el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, que fijó el texto refundido de la Ley N° 10.336, entre otros.

30 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1977, p. 27.

31 AYLWIN, 2001, p. 601.

32 SILVA BASCUÑÁN, 1963, p. 310.

absoluta y que la única intervención de otras autoridades se materializaba en la designación del Jefe Superior del Servicio, pues el Contralor General era nombrado por el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado, conforme a la Ley N° 9.687, de 1950³³.

Por lo expuesto, no deben extrañar las palabras pronunciadas por Gil a fines de la década de 1950, quien concluyó:

En el campo de las finanzas públicas, la Contraloría General de la República es una institución muy importante del gobierno chileno, con facultades únicas en el continente americano. [...] / Esta institución, cuerpo administrativo y judicial a la vez, no sólo ejerce la custodia de todo el patrimonio nacional y la supervisión sobre el presupuesto, sino que también tiene jurisdicción sobre la legislación financiera. [...] Más importante aun (SIC), la Contraloría chilena está investida de un poder significativo que le permite ejercer control efectivo sobre el ejecutivo. [...] / El Contralor General chileno, en verdad, es el guardián último de la legalidad financiera, y su deber consiste en procurar el respeto de la Constitución, la interpretación debida de las leyes y la observancia del Estatuto Administrativo. [...] Aunque las propias leyes del Congreso están fuera de la competencia del Contralor General, éste juzga los decretos supremos que ponen en ejecución la legislación aprobada por este cuerpo. [...] / [...] Además, la Contraloría no ha encontrado ninguna interferencia seria en su labor por parte del primer magistrado en sus treinta años de existencia [...]. [...] En lugar de resistir su autoridad, los presidentes la han aumentado, con el asentimiento del Congreso. Una institución que comenzó supervisando simplemente los gastos públicos, desempeña ahora un papel significativo e incluso crucial en todos los aspectos de la administración pública chilena³⁴.

4. Reforzamiento constitucional de la Contraloría en 1980

El segundo texto constitucional que reguló la Contraloría fue la Constitución Política de 1980. Este texto constitucional otorgó rango constitucional a su función tradicional de control de la juridicidad –denominada control de la legalidad, de los actos de la Administración del Estado, circunscri-

33 *Ibid.*, p. 373.

34 GIL, 1969, pp. 114 s.

bió la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia y reforzó la autonomía constitucional de la Contraloría, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a sostener que la Contraloría

disfruta de una autonomía constitucional que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. Implica que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva³⁵.

Los preceptos constitucionales respectivos fueron elaborados a partir de las propuestas de los diversos órganos asesores de la H. Junta de Gobierno, en adelante la Junta, que era el titular del Poder Constituyente Originario en aquel tiempo, v. gr. la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado. Estas propuestas fueron inspiradas por nociones tradicionales de la práctica *iusadministrativa* y el recuerdo de sucesos políticos y administrativos del pasado reciente.

En tal sentido, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en adelante la Comisión, señaló los lineamientos para una futura regulación constitucional de la Contraloría en el e§ 12. del memorándum “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, de 26 de noviembre de 1973, dirigido a la Junta.

La Comisión señaló que la Contraloría mantendría su rango de organismo constitucional, autónomo e independiente, y su función fiscalizadora se extendería a todos los organismos, instituciones, servicios públicos, empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado y sus servicios públicos, centralizados o descentralizados, tuvieren aportes de capital, representación o participación mayoritaria o igualitaria. Del mismo modo, sostuvo que deberían adoptarse los resguardos tendientes a evitar el abuso de los decretos de insistencia, los que habrían de recaer exclusivamente en materias de la potestad reglamentaria, a diferencia del pasado. Finalmente, debería dotársele de imperio para el cumplimiento de sus resoluciones, como medio para dotar de eficacia al régimen de control administrativo³⁶.

35 VERDUGO, 2011, pp. 398 s.

36 COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, 1973, pp. 26 s.

Casi cinco años más tarde, la Comisión dio a conocer su propuesta de regulación detallada de la Contraloría en el memorándum “Proposiciones e Ideas Precisas”, de 16 de agosto de 1978, dirigido a S.E. el Presidente de la República, cuyo Capítulo IX se refería precisamente a dicho órgano de control. Ella estableció que la Contraloría ejercería mecanismos de control administrativo, manteniendo su rango de organismo constitucional, autónomo e independiente, pero precisando, al mismo tiempo, que su acción fiscalizadora no se extendería a las empresas del Estado, debiendo el legislador adoptar un criterio flexible para determinar el ámbito de su fiscalización. Igualmente, señaló que la función fiscalizadora comprendía el control contable, financiero y preventivo de legalidad de los actos de la Administración del Estado, adquiriendo este último ahora rango constitucional en el anteproyecto. Adicionalmente, también constitucionalizó la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia, pero limitándola a ciertos casos o supuestos solamente, debido a abusos del pasado reciente. Finalmente, la Comisión expresó su parecer negativo en cuanto a otorgar atribuciones a la Contraloría en tres órdenes de materias: para anular actos administrativos, por corresponder esto último a tribunales contencioso-administrativos; para ejercer el control de mérito o de resultado, porque implicaba transformarla en un órgano administrador; y, para tener imperio para ejecutar sus resoluciones, porque implicaba que pasaba a ser juez y parte en la sustanciación de sumarios administrativos³⁷.

La propuesta de la Comisión se expresó en el Capítulo IX del anteproyecto constitucional contenido en el documento “Texto del Anteproyecto”, de 18 de octubre de 1978, dirigido a S.E. el Presidente de la República, cuyo primer párrafo dedicó dos artículos a la Contraloría. Respecto de la autonomía constitucional de la Contraloría, la Comisión propuso el precepto siguiente:

Art. 92. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de

37 COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, 1978a, pp. 291-294.

esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva./ El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad³⁸.

Respecto de la función de control de legalidad de la Administración del Estado, la Comisión propuso un artículo del siguiente tenor:

Art. 93. En el ejercicio de la función de control de legalidad el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes de (SIC) la misma Cámara./ Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo presentarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución./ Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia./ En lo demás, la organización, funcionamiento y atribuciones de la Contraloría General de la República será materia de una ley orgánica constitucional³⁹.

38 COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, 1978b, p. 364.

39 *Ibid.*, pp. 364 s. El Contralor General podía ser acusado constitucionalmente, por notable abandono de sus deberes, ante la Cámara de Diputados y el Senado debía resolver sobre la declaración de culpabilidad, actuando como jurado, conforme a los arts. 54 2) c) y 55 1) del anteproyecto constitucional. *Ibid.*, pp. 346 s.

Más tarde, el Consejo de Estado, en adelante el Consejo, revisó la propuesta de la Comisión desde la perspectiva de los mecanismos de fiscalización del Poder Ejecutivo.

El Consejo relevó el estatuto constitucional y papel fiscalizador de la Contraloría, dado el fortalecimiento de las atribuciones constitucionales del Presidente de la República. Del mismo modo, hizo notar el rango constitucional del control jurídico y destacó que la fiscalización se extendía al Congreso Nacional, como consta en el pasaje siguiente:

El proyecto no exceptúa al Congreso, cuyo presupuesto quedó exento de toda fiscalización en la reforma constitucional propuesta por el presidente don Juan Antonio Ríos en 1943 [...]. La supresión de la fiscalización de los gastos del Congreso fue el precio cobrado por esa reforma, que abrió las puertas a excesos que contribuyeron al total desprestigio de este último [...]⁴⁰.

Por lo expuesto, el Consejo no introdujo modificaciones substantivas a la propuesta del anteproyecto de la Comisión, sino enmiendas meramente gramaticales y formales, aprobándola sin mayor discusión en su sesión 89º, de 11 de septiembre de 1979⁴¹.

De esta manera el art. 87 de la Constitución Política de 1980 preceptuó:

Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva./ El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad⁴².

40 CONSEJO DE ESTADO, 1980a, p. 399.

41 CONSEJO DE ESTADO, 1980b, pp. 407 s.; ARANCIBIA et al., 2008, p. 581.

42 AVARIA, 1986, p. 396.

Asimismo, el art. 88 de esta Constitución reguló el ejercicio de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración del Estado, por parte de la Contraloría, proscribiendo la facultad del Presidente de la República de dictar decretos de insistencia respecto de un decreto con fuerza de ley, de un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, encomendando la resolución del conflicto jurídico eventual al Tribunal Constitucional; igualmente, dispuso que la organización, el funcionamiento y las atribuciones de aquella serían materia de una ley orgánica constitucional⁴³.

Por último, el art. 48 2) c) estableció que era atribución exclusiva de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra del Contralor General, por notable abandono de sus deberes, de las cuales conocía, como jurado, el Senado, conforme al art. 49 1)⁴⁴.

Más adelante, la reforma constitucional de la Ley N°18.825, de 1989, incorporó al Consejo de Seguridad Nacional, con derecho a voto, al Contralor General.

Por otra parte, esta última reforma constitucional añadió al Art. 87 un inc. 2°, referente al nombramiento del Contralor General, el que preceptúa:

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo⁴⁵.

No obstante lo dispuesto en el art. 87 inc. 1° de la Constitución Política, no se ha dictado aún la ley orgánica constitucional que debe regular la organización, funcionamiento, funciones y atribuciones de la Contraloría, por lo que se mantiene en vigencia la Ley N° 10.336, de 1952 -ley orgánica

43 AVARIA, 1986, p. 397.

44 *Ibid*, pp. 376 s.

45 VERDUGO, 2011, p. 398.

del servicio, cuyo texto refundido fue fijado mediante el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, pero con carácter de ley orgánica constitucional, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Carta Fundamental.

Esta ley orgánica ha experimentado varias modificaciones hasta nuestros días, entre las que pueden destacarse la clarificación de que la Contraloría forma parte de la Administración del Estado, pero está dotada de una autonomía constitucional para fortalecer su función de control externo, como se deduce de la Ley N° 18.575, de 1986 y la Constitución; el fortalecimiento del papel contralor de esta última respecto de la legalidad de la Administración del Estado y de la probidad administrativa de los empleados, funcionarios y agentes públicos, según la Ley N° 19.653, de 1999; la reforma del juicio de cuentas, de acuerdo a la Ley N° 19.817, de 2002; la reducción parcial del ámbito de su competencia en materia de contratación pública, de acuerdo a la Ley N° 19.886, de 2003; la sujeción de aquélla al principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de la fiscalización que ejerce respecto del Consejo para la Transparencia, conforme a la Ley 20.285, de 2008; la extensión de su competencia fiscalizadora respecto de diversas superintendencias y servicios fiscalizadores, según la Ley N° 20.720, de 2014; la introducción de la toma de razón y registro electrónicos en los procedimientos internos, acorde a la Ley N° 20.766, de 2014⁴⁶. Lamentablemente, la Contraloría perdió su autonomía presupuestaria en virtud del Decreto Ley N° 2.503, del año 1977, y su presupuesto –fijado por el Contralor General, está sujeto actualmente a la aprobación del Presidente de la República, según el art. 149 de su ley orgánica, lo que va en detrimento de su reforzada autonomía⁴⁷.

En cuanto a su estructura orgánica, ésta ha variado algo en décadas pasadas y consta, según su ley orgánica, de un Contralor; un Subcontralor; los Departamentos Jurídico, de Contabilidad, y de Inspección; la Fiscalía;

46 A partir del 11 de septiembre de 1973, ella fue modificada por los Decretos Leyes N° 38, de 1973; N° 61, de 1973; N° 728, de 1974; N° 785, de 1974; N° 983, de 1975; N° 1.161, de 1975; N° 1.254, de 1975; N° 1.263, de 1975; N° 1.273, de 1975; N° 1.289, de 1976; N° 2.053, de 1977; N° 2.100, de 1978; N° 3.551, de 1980; el Decreto con Fuerza de Ley N° 33, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1979; y las Leyes N° 18.575, de 1986; N° 18.974, de 1990; N° 19.817, de 2002; N° 19.908, de 2003; N° 20.285, de 2008, además del Decreto con Fuerza de Ley N° 859, del Ministerio de Obras Públicas, de 1997.

47 Aylwin (2001) p. 601.

los Subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos, y de Crédito Público y de Bienes Nacionales; la Secretaría General⁴⁸. Cada una de las citadas unidades cuenta con diversas competencias específicas, conforme con la citada ley.

5. Algunas Contralorías y órganos de control administrativo en el derecho comparado latinoamericano

Es posible advertir la existencia de algunas contralorías y órganos de control administrativo - de naturaleza externa, semejantes en el Derecho Comparado Latinoamericano. Estos evolucionaron en no pocos casos desde los antiguos Tribunales de Cuentas o Contadurías y suelen tener rango constitucional. Algunos de ellos fueron creados a sugerencia de la Misión Kemmerer⁴⁹, mientras que otros los fueron sobre la base de experiencias previas de otros países de la región⁵⁰.

Los antecedentes reseñados *infra* sugieran que la Contraloría chilena cuenta con un alto grado de autonomía institucional, lo que es compartido con algunos de los órganos semejantes de la región. Igualmente, que ella es de los pocos órganos de control administrativo que ejerce el control de juridicidad de los actos de la Administración del Estado, como distinto al control presupuestario y fiscal, el que asume la forma de un control preventivo en materias de constitucionalidad y legalidad en Chile, con los efectos indicados *supra*.

Así, tratándose de la Contraloría General de la República de Colombia, ella tiene a su cargo el control fiscal, *a posteriori* y selectivo, para lo cual “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”, conforme al art. 267 de la Constitución Política de 1991. El mismo precepto constitucional indica

48 El organigrama de la Contraloría, contenido en su página web, consigna la existencia de las Divisiones Jurídica, de Análisis Contable, de Auditoría Administrativa, de Toma de Razón y Registro, de Infraestructura y Regulación, de Coordinación e Información Jurídica, de Municipalidades, y de catorce contralorías regionales (Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Libertador General Bernardo O'Higgins, Maule, Bío-Bío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena). Contraloría General de la República de Chile (s.d.)

49 Fue el caso de las Contralorías de Colombia (1923), Chile (1927), Ecuador (1927) y Bolivia (1929).

50 Fue el caso, entre otros, de las Contralorías de Perú (1929), Panamá (1930), Venezuela (1938), Guatemala (1945), Costa Rica (1949), República Dominicana (1954) y Nicaragua (1979).

que este control fiscal incluye el control financiero, de gestión y de resultados, “fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.” Igualmente, ella fue concebida por el Constituyente como un órgano técnico, dotado de autonomía presupuestaria y administrativa, lo que le constituye en uno de los órganos autónomos e independientes del Estado; no obstante, se encuentra sujeta al control fiscal por un auditor elegido por el Consejo de Estado, por periodos de dos años y a propuesta en terna de la Corte Suprema, según el art. 274 de la Constitución citada⁵¹.

El Contralor General, por su parte, es elegido por el Congreso Nacional en pleno, a proposición en terna, presentada a razón de un candidato, por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por un término de cuatro años, no siendo reelegible para el periodo inmediato ni prorrogable en sus funciones, acorde al art. 267 en relación con el art. 190, ambos de la Constitución Política vigente.

La Contraloría colombiana fue creada como departamento en 1923, luego de una recomendación de la Misión Kemmerer, efectuada para propender al mejoramiento de la eficacia de las leyes sobre presupuesto, personal, fondos y rentas públicas. La Ley N° 42, de 1943, dispuso la creación de este órgano sobre la base de la fusión de la Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro. Las funciones de este órgano fueron extendidas al control contable y fiscal en 1932, lo que fue complementado mediante una reforma constitucional en 1945, la que definió los mecanismos de control fiscal y reglamentó la elección y período del Contralor General, aspectos que fueron reformados constitucionalmente en 1968, para hacer intervenir en la elección del Contralor General al Congreso y fijar el período de aquél en cuatro años. Posteriormente, ella pasó a ser concebida como un órgano técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria, a cargo del control *a posteriori* y selectivo, mediante una nueva reforma constitucional aprobada en 1991⁵².

Del mismo modo, puede mencionarse la Contraloría General del Estado del Ecuador, que es “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de

51 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (s.d.)

52 *Id.*; GOZZI; TAPPATÁ, 2010, p. 4.

las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”, según el art. 211 de la Constitución Política de 2008. Este órgano dirige el sistema de control administrativo; determina responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones bajo su control; expide la normativa para el cumplimiento de sus fines, y asesora a los órganos y entidades estatales, a requerimiento de éstas, conforme al art. 212 de la Constitución Política aludida.

El Contralor del Estado es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y posesionado en el cargo por la Asamblea Nacional, de acuerdo a los arts. 120 N° 11 y 208 N° 11. Con todo, esta última no hace referencia a la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera de la Contraloría, como lo hacía el art. 211 de la Constitución Política de 1998, por lo que aquella tiene ahora –aparentemente, sólo rango infra-constitucional.

La Contraloría ecuatoriana fue creada originalmente como una oficina independiente de control contable y fiscal, bajo la denominación de Contraloría General de la Nación, por la Ley Orgánica de Hacienda de 1927, que acogió para ello una recomendación de la Misión Kemmerer. Asumió funciones de fiscalización –y su actual denominación, mediante una reforma constitucional de 1967 y pasó a ser un Organismo Superior de Control con competencias administrativas y financieras en virtud de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977⁵³.

En este mismo orden de ideas, la Contraloría General del Estado de Bolivia constituye otro ejemplo de órgano de control administrativo existente en la región. Ella está contemplada en el art. 213 de la Constitución Política de 2009, que la concibe como una “institución técnica” a cargo de una función de control administrativo del sector público. Al respecto, el texto constitucional dispone:

Artículo 213. I. La Contraloría General del Estado es la institución técnica que ejerce la función de control de la administración de las entidades públicas y de aquéllas en las que el Estado tenga participación o interés económico. La Contraloría está facultada para determinar indicios de responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal: tiene autonomía funcional, financiera,

53 CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DEL ECUADOR (s.d.)

administrativa y organizativa./ II. Su organización, funcionamiento y atribuciones, que deben estar fundados en los principios de legalidad, transparencia, eficacia, eficiencia, economía, equidad, oportunidad y objetividad, se determinarán por ley.” Además, el art. 217 I. encomienda a ella la supervisión y control externo de las entidades sujetas a su fiscalización, pues prescribe: “Artículo 217. I. La Contraloría General del Estado será responsable de la supervisión y del control externo posterior de las entidades públicas y de aquellas en las que tenga participación o interés económico el Estado. La supervisión y el control se realizará asimismo sobre la adquisición, manejo y disposición de bienes y servicios estratégicos para el interés colectivo.

La Contraloría boliviana es encabezada por un(a) Contralor(a) General del Estado, quien es designado por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, previo concurso público y oposición, pudiendo permanecer en el cargo por seis años, sin posibilidad de una nueva designación, como prescribe los arts. 214 y 216 de la Carta Constitucional.

Pese a tratarse de un texto constitucional relativamente reciente, preciso es señalar que la Contraloría boliviana constituye un órgano de control administrativo de antigua data en nuestro continente, ya que ella fue creada originalmente por el gobierno boliviano mediante una ley de 1928, recogiendo una recomendación de la Misión Kemmerer al respecto y entró en funciones el 1° de enero de 1929⁵⁴.

En sus inicios, la Contraloría boliviana constituía un organismo independiente que ejercía un control administrativo y preventivo en materias legales, contables y fiscales, bajo la dependencia del Presidente de la República. Estaba a cargo de un Contralor General, quien era nombrado por el Jefe de Estado, a propuesta en terna del Senado y permanecía seis años en cargo, pudiendo ser nombrado nuevamente en este último. Ella fue elevada a rango constitucional por la Constitución Política de 1967, cuyos arts. 154 y 155 la concibieron como una oficina de contabilidad y contraloría fiscal, la que tenía a su cargo el control fiscal sobre las actividades de las entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta, siendo encabezada por un Contralor General nombrado por el Jefe de Estado, a propuesta en terna del Senado, el que podía permanecer en su cargo por

54 GOZZI; TAPPATÁ, 2010, p. 6.

diez años, pudiendo ser reelegido. Las leyes complementarias de la Constitución señalada entregaron a dicha Contraloría el control gubernamental, la auditoría y el control de legalidad de los órganos y entidades sujetas a su fiscalización. Posteriormente, ella se orientó hacia el control de la gestión del sector público, como órgano superior del sistema de control gubernamental, el que dejó de ser preventivo después de 1990. Sin embargo, el procedimiento de nombramiento del Contralor General no experimentó cambios⁵⁵.

La República del Perú constituye otro de los países que dispone de una Contraloría desde hace largo tiempo. El gobierno peruano creó la Contraloría General de la República mediante un decreto supremo dictado el 26 de septiembre de 1929, teniendo a la vista las experiencias desarrolladas en países vecinos visitados por la Misión Kemmerer⁵⁶. No obstante, la creación de la Contraloría peruana fue el fruto de reflexión nacional; de hecho, el gobierno peruano rechazó una recomendación para reorganizar la Contraloría, efectuada por la Misión Kenmmerer, en abril de 1931⁵⁷.

Esta Contraloría obtuvo rango legal mediante la Ley N° 6.784, de 1930, que dispuso su organización y atribuciones de control fiscal preventivo y contable, a partir de la fusión de las Direcciones del Tesoro y del Crédito Público. Poco tiempo más tarde, el art. 10 de la Constitución Política de 1933 la elevó a rango constitucional, concibiéndola como un departamento especial encargado del control de la ejecución presupuestaria y la gestión de las entidades recaudadoras o administradoras de rentas o bienes estatales, cuyo jefe era nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros. Con todo, fue la Ley N° 14.816, de 1964, la que le dio autonomía e independencia, administrativa y funcional, como autoridad superior de control presupuestario y patrimonial del sector público, apoyándose para ello en el precepto constitucional aludido⁵⁸.

Actualmente, la Contraloría peruana mantiene rango constitucional y tiene el carácter de órgano autónomo y superior del sistema nacional de control. El art. 82 de la Constitución Política de 1993 dispone:

55 CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE BOLIVIA (s.d.)

56 GOZZI; TAPPATÁ, 2010, p. 7.

57 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (s.d.)

58 *Id.*

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

En cuanto al jefe superior del servicio, éste es el Contralor General, quien es designado por el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo, dura siete años en el cargo y puede ser removido por falta grave por el Congreso Nacional, conforme al mismo precepto constitucional.

Igualmente, debe mencionarse la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela, contemplada en los arts. 287 y 289 de la Constitución Política de 1999, modificada en 2009, como un órgano del Poder Ciudadano (ejercido por el Consejo Moral Republicano), encargado de controlar, vigilar y fiscalizar administrativamente, con atribuciones para controlar la deuda pública y dotada de autonomía funcional, administrativa y organizativa, además de presupuestaria según el art. 273 de la Constitución. El art. 287 señala:

La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

No obstante, se exceptúa de su fiscalización la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos, los que están sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional, conforme al art. 291 de la Constitución.

Esta Contraloría es dirigida por un(a) Contralor(a) General, designado por los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, a propuesta –eventual, en terna del Consejo Moral Republicano del Poder Ciudadano, previo proceso público de postulación presidido por un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano y permanece siete años en el cargo, pudiendo ser removido por la Asamblea Nacional, conforme a los arts. 279 y 289 de la Constitución.

Cabe precisar que la Contraloría venezolana fue creada como Contraloría General de la Nación a mediados de 1938, siguiendo el modelo colom-

biano y entró en funciones el 15 de octubre del mismo año, concentrando funciones de control fiscal y jurídico ligadas a la hacienda pública. Ella fue elevada a rango constitucional por la Constitución Política de 1947, pasando a denominarse Contraloría General de la República en la Constitución Política de 1961⁵⁹. Esta última, tras las reformas de 1983, encomendó a la Contraloría “el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos”, en su art. 234 y señaló que ella era un “órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones”, según su art. 236. La Contraloría venezolana era dirigida por un Contralor General, quien era elegido en una sesión conjunta de ambas cámaras del Congreso, conforme al art. 238 de dicha Carta Constitucional. Con todo, la normativa constitucional no otorgaba a esta Contraloría autonomía administrativa y presupuestaria, dejando la determinación de su organización y funcionamiento a la ley.

También debe traerse a colación la Contraloría General de la República de Costa Rica, creada por la Constitución Política de 1949, con el objeto de contrapesar en materias fiscales al Poder Ejecutivo. Esta constitución la contempló en sus arts. 183 y 184, concibiéndola como un órgano de control fiscal y presupuestario, con carácter auxiliar de la Asamblea Legislativa, gozando de autonomía administrativa y funcional. El art. 183 señaló que la Contraloría estará a cargo de un Contralor y un Subcontralor, elegidos por la Asamblea Legislativa por el término de 8 años, quienes podían ser reelegidos y removidos por aquélla, además de gozar de inmunidades⁶⁰.

En el caso de México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, contempla en su art. 79 un órgano fiscalizador de la Federación, denominado la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados, dotado de autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones, el cual ejerce la función fiscalizadora según los principios de legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad. Este órgano fue consagrado constitucionalmente mediante una reforma aprobada el 14 de julio de 1999, la que fue objeto de una enmienda el 27 de mayo de 2015. No obstante, preciso es señalar que su creación fue el fruto de un acuerdo de múltiples grupos parlamentarios⁶¹ y, por ende, del mayor

59 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (s.d.)

60 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (s.d.).

61 SOLARES, 2004, pp. 24 ss.

pluralismo político que se ha instalado en el sistema político mexicano en el pasado reciente, circunstancias que –intuimos, presidirán su eventual institucionalización a futuro.

De acuerdo al art. 79 Inc. 1° de la Constitución, la organización, funcionamiento y resoluciones de la Auditoría Superior de la Federación deben ser regulados por una ley. Esta es actualmente la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, de 2009, cuyos arts. 79 ss. desarrollan el mandato constitucional.

Cabe agregar que este órgano tiene a su cargo, especialmente, fiscalizar los ingresos, gastos y deuda; las garantías que el Gobierno otorgue a empréstitos de los estados y municipios; el manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos en manos de los Poderes de la Unión y entes públicos federales, así como realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. También fiscaliza directamente los recursos federales que administren o ejerzan los estados, municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales; asimismo, aquellos que se destinen y ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, o a cualquier otra figura jurídica, en conformidad a la Constitución y las leyes.

La Auditoría Superior de la Federación debe entregar a la Cámara de Diputados, el último día hábil de los meses de junio y octubre, así como el 20 de febrero del año siguiente al de la presentación de la Cuenta Pública, los informes individuales de auditoría que concluya durante el periodo respectivo. Del mismo modo, debe entregar, en la última fecha, el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública, el que debe ser sometido a la consideración del Pleno de la Cámara de Diputados, como preceptúa el art. 79 Inc. 5° II. de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, esta última autoriza a dicho órgano para investigar actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de los fondos y recursos federales, como asimismo para efectuar visitas domiciliarias con el objeto de exigir la exhibición de libros, papeles o archivos indispensables para la práctica de sus investigaciones, en conformidad a la ley, como preceptúa el art. 79. Inc. 5° III. del texto constitucional. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la legitimación activa de que goza este órgano para promover responsabilidades jurídicas de los servidores públicos –no sólo

federales, derivadas de sus investigaciones ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

Este órgano es dirigido por un titular – denominado el Auditor Superior de la Federación por la ley, quien es designado por voto conforme de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, previa convocatoria pública, quien permanecerá en sus funciones – o “encargo” según el texto constitucional, por el término de ocho años, pudiendo ser nombrado nuevamente por una sola vez, acorde al art. 79 Inc. 6° de la Constitución. En todo caso, el Auditor Superior de la Federación puede ser removido de su cargo por causas graves de responsabilidad y por las causales constitucionales de responsabilidad previstas en el Título IV de la Constitución Política, por los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, como lo indica el mismo precepto constitucional, en relación con los arts. 82 y 92 ss. de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, referida *supra*.

Las atribuciones descritas y el procedimiento de generación del Jefe del Servicio sugieren que estamos en presencia de un órgano de control externo y colaborador de la función de control parlamentario de la Cámara de Diputados del Congreso General mexicano, dotado de un carácter autónomo y especializado en lo atinente a su labor fiscalizadora. Esto marca una clara diferencia con su antecesora, que era la Contaduría Mayor de Hacienda, creada como un órgano fiscalizador dependiente de la Cámara de Diputados por la Constitución Política de 1824 y que realizó tradicionalmente una fiscalización formal del gasto presupuestario. Pese a ser reformada en diversas oportunidades en el transcurso del siglo pasado, v. gr. 1904, 1937 y 1978, ella terminó siendo superada por las exigencias modernas que plantea el control externo de la Administración y en un contexto de mayor pluralismo político⁶².

6. Conclusiones

Este artículo tuvo como finalidad explorar el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría, desde una perspectiva histórica y comparada, con el objeto de exponer los antecedentes que presidieron su creación legal y fortalecimiento en el ordenamiento constitucional chileno, y compararla

62 SOLARES, 2004, pp. 24 ss. y 202 ss.

someramente con otras contralorías y órganos de control administrativo semejantes que existen a nivel latinoamericano.

Los antecedentes históricos revelan un proceso de consolidación progresiva de la autonomía institucional de la Contraloría, desde sus orígenes legales en 1927, hasta más allá de su consagración constitucional en el año 1943. No obstante, dicha autonomía no es absoluta, considerando su actual dependencia presupuestaria respecto de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

La Contraloría nació a la vida jurídica como resultado de la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Sección de Bienes Nacionales y la Dirección General de Estadística. No obstante la extensión de la función fiscalizadora de la Contraloría respecto de todas las instituciones fiscales, semifiscales y la mayoría de los organismos dependientes o creados por el Estado, no existió –aparentemente, conciencia clara sobre la proyección de su papel como órgano de control administrativo, en el sistema político chileno, en los primeros años de su existencia.

El primer texto constitucional que contempló normas jurídicas sobre la Contraloría fue la Constitución Política de 1925, luego de la reforma constitucional de la Ley N° 7.727, de 1943, que elevó a rango constitucional a aquella, calificándola de organismo autónomo.

El segundo texto constitucional que reguló la Contraloría fue la Constitución Política de 1980. Este texto constitucional otorgó rango constitucional a su función tradicional de control de la juridicidad –denominada control de legalidad, de los actos de la Administración del Estado, circunscribió la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia y reforzó la autonomía constitucional de la Contraloría.

La autonomía institucional de que ha llegado a gozar la Contraloría en el sistema político chileno, entonces, ha sido el resultado de prescripciones constitucionales en tal sentido, la institucionalización de sus prácticas, rutinas y procedimientos, y el apoyo político con que ha contado para el desempeño de sus funciones.

Sin perjuicio que actualmente la Contraloría cuenta con una regulación constitucional, no se ha dictado aún la ley orgánica constitucional que debe regular su organización, funcionamiento, funciones y atribuciones, manteniéndose en vigencia la Ley N° 10.336, de 1952, pero con carácter de ley orgánica constitucional, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Carta Fundamental.

Se puede advertir también que existen contralorías y órganos de control administrativo semejantes en el Derecho Comparado Latinoamericano. Todos ellos llevan a cabo diversos aspectos del control de la Administración, habiendo evolucionado en no pocos casos desde los antiguos Tribunales de Cuentas o Contadurías. En muchos casos, ellos fueron creados a sugerencia de la Misión Kemmerer, o sobre la base de experiencias previas en otros países de la región.

Estos antecedentes permiten constatar que la Contraloría cuenta con un alto grado de autonomía institucional, característica que es compartida con algunos de los órganos de control administrativo analizados. No menos importante que lo anterior, la Contraloría es de los pocos órganos de control administrativo que ejerce el control de juridicidad de los actos de la Administración del Estado, como distinto al control presupuestario y fiscal, el que asume la forma de un control preventivo en materias de constitucionalidad y legalidad en Chile.

Referências Bibliográficas

- AVARIA, Luis Valencia. *Anales de la República*, II Tomos. Santiago: Editorial Andrés Bello, 841 p., 1986.
- AZÓCAR, Arturo Aylwin. Algunas Reflexiones sobre la Contraloría General de la República. In: BELTRÁN, Enrique Navarro (edit.). *20 Años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), pp. 599-613, 2001.
- BASCUÑÁN, Alejandro Silva. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 551 p., 1963.
- CAVALLO, Ascanio; SALAZAR, Manuel; SEPÚLVEDA, Oscar. *La historia oculta del régimen militar, Chile 1973-1988*. Santiago: Uqbar Editores, 725 pp., 2013.
- CIMMA, Enrique Silva. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 415 pp., 1969.
- CRISTI, Manuel Jara. *Derecho Administrativo: Anotaciones de Clases* (Santiago, Artes y Letras), 854 pp., 1943.
- FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, desarrollo y legalidad: Chile 1831-1873*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 298 p., 2011.
- FIGUEIREDO, Jorge Mario Quinzio. *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 535 p., 1969.

- GIL, Federico G. *El Sistema Político de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 350 p., 1969.
- PIERRY ARRAU, Pedro. Las transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX. In: *Revista de Derecho XXIII*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 377-404, 2002.
- PINTO, Sonia; MÉNDEZ, Luz María; VERGARA, Sergio. *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República*. Santiago: Editorial Universitaria, 456 p., 1977.
- RAVEAU, Rafael. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Nascimento, Segunda Edición, 1939.
- SILVA, Patricio. *En el nombre de la razón: tecnócratas y política en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 290 pp., 2010.

Documentos, compilaciones y publicaciones oficiales

- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República. In: Soto Kloss, Eduardo (comp.): *Ordenamiento Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 10-31, 1973.
- _____. Proposiciones e Ideas Precisas. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, N.º 1-6, pp. 144-317, 1978a.
- _____. Texto del Anteproyecto. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n.º 1-6, pp. 317-375, 1978b.
- CONSEJO DE ESTADO. Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del anteproyecto sobre nueva Constitución Política de la República. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n.º 1-6, pp. 376-421, 1980a.
- _____. Texto del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República propuesto por el Consejo de Estado. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n.º 1-6, pp. 422-481, 1980b.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Cincuentenario 1927-1977* (Santiago, Imprenta Contraloría General), 228 p., 1977.
- MARINKOVIC, Mario Verdugo (dir.). *Constitución Política de la República de Chile. Sistematizada con Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), 448 pp., 2011.
- MATTAR, Jaime Arancibia; GARCÍA, Enrique Brahm; GOMIEN, Andrés

Irarrázaval (edit.). *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1980), Tomo II*. Santiago: Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 1.104 p., 2008.

Normas nacionales citadas

Constitución Política de la República de 1925.

Constitución Política de la República de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927.

Decreto con Fuerza de Ley N° 42, del Ministerio de Hacienda, de 1959.

Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría.

Decreto Ley N° 2.503, de 1977.

Decreto Supremo N° 935, del Ministerio de Hacienda, de 1933, Reglamento Orgánico de la Contraloría.

Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, que fija el texto refundido de la ley orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley N° 7.200, de 1942.

Ley N° 7.727, de 1943.

Ley N° 10.336, de 1952.

Ley N° 11.151, de 1953.

Ley N° 14.832, de 1962.

Ley N° 18.825, de 1989.

Ley N° 18.575, de 1986, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.653, de 1999.

Ley N° 19.817, de 2002.

Ley N° 19.886, de 2003.

Ley N° 20.050, de 2005.

Ley N° 20.285, de 2008.

Normas extranjeras citadas

Constitución Política de Bolivia de 1967.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de Costa Rica de 1949.
Constitución Política del Ecuador de 1998.
Constitución Política del Ecuador de 2008.
Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.
Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999,
modificada en 2009.
Constitución Política del Perú de 1933.
Constitución Política del Perú de 1993.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
Constitución Política de Venezuela de 1947.
Constitución Política de Venezuela de 1961.
Decreto Ejecutivo N° 2-143-31, de 2001.
Decreto Supremo de 26 de septiembre de 1929.
Ley N° 42, de 1943.
Ley N° 6.784, de 1930.
Ley 14.816, de 1964.
Ley de fiscalización y rendición de cuentas de la Federación de 2009.
Ley Orgánica de Hacienda de 1927.

Fuentes cibergráficas

BOLIVIA. Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009. Disponible en <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

_____. Constitución Política de la República de Bolivia. Sancionada el 2 de febrero de 1967. Disponible en <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia1967.html>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE BOLIVIA (s.d.). “Historia”. Disponible en <<http://www.contraloria.gob.bo/PortalCGR/iniciuo.aspx?indice=1&grupo=5>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DEL ECUADOR (s.d.). *La Institución*. Disponible en <http://contraloria.gob.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=1>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (s.d.). *Historia*. Disponible en <<http://www.cgr.gob.ve/contenido.php?Cod=012>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (s.d.). “Organigrama”. Disponible en <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (s.d.). “La Entidad”. Disponible en <<http://200.93.108.205/web/guest/la-entidad>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2011.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (s.d.). “Reseña Histórica del Control en Costa Rica”. Disponible en <<http://cgrw01.cgr.go.cr/>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (s.d.). “Contraloría General de la República”. Disponible en <www.contraloria.gob.pe>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- COSTA RICA. Constitución Política de Costa Rica de 1949. Disponible en <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costarica49.html#mozTocId905477>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- DRAKE, Paul W. La Misión Kemmerer a Chile. Consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento. In: *Revista de Estudios Históricos*, vol. 1, n.º 1, 1925-1932. Disponible en: <http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est_hist_complex/0,1475,SCID%253D11659%2526I-SID%253D491,00.html>. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2012.
- FAÚNDEZ, Julio. Chilean constitutionalism before Allende: legality without courts. In: *Bulletin of Latin American Research*, vol. 29, n.º 1, 18 p., 2010. Disponible en <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1470-9856.2009.00305.x/pdf>>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2015.
- GOZZI, Eugenia; TAPPATÁ, Ricardo. *La Misión Kemmerer. Primera iniciativa de reforma financiera profunda en América Latina*, 15 p., 2010. Disponible en: <http://www.fitproper.com/documentos/proprios/Mision_Kemmerer.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- MEDIOLA, Manuel Solares. *La Auditoría Superior de la Federación: antecedentes y perspectiva jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 239 p., 2004. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1327/9.pdf>>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2015.
- MEXICO. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Disponible en el <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>.

- OECD. Chile's Supreme Audit Institution: Enhancing Strategic Agility and Public Trust, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, 350 p., 2014. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264207561-en>>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2015.
- PAVAS, Domingo Sarmiento. La Misión Kemmerer y el control estatal. In: *Revista de Contaduría Pública @puntos Cont@bles*, n.º 12, Universidad del Externado de Colombia, pp. 79-90, 2010. Disponible en <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contad/article/view/1640/1479>>. Fecha de consulta: el 10 de agosto de 2015.
- PERÚ. Constitución Política del Perú de 1933. Disponible en <<http://www.deperu.com/abc/constituciones/237/constitucion-politica-del-peru-1933>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (s.d.). *Constitución Política del Perú*. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con la Enmienda n.º 1 de 15 de febrero de 2009. Disponible en <<http://www.cgr.gob.ve/contenido.php?Cod=048>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.
- _____. Constitución de la República de Venezuela. Disponible en <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012.

Autores Convidados

Subjetividade, gênero e Estado de Direito no contexto das democracias liberais contemporâneas

Subjectivity, gender and Rule of Law within the context of contemporary liberal democracies

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

1. Introdução

A história da teoria geral do direito abrange controvérsias acerca dos mais diversos temas, desde a codificação do direito até temáticas mais contemporâneas acerca da interpretação jurídica, mas uma ausência de reflexões sobre o gênero, no contexto dos sujeitos de direito, permanece como motivo para perplexidade. A centralidade de um sujeito de direito metafísico e formal foi, durante muito tempo, obstáculo para que as demandas de gênero pudessem se tornar objeto de uma reflexão teórica mais densa por parte do jurista¹. Uma das consequências consiste na dificuldade, ainda do nosso tempo, em se trazer para o âmbito jurídico reflexões em torno das múltiplas formas daquele tipo de demanda.

Embora demanda de gênero seja um termo que normalmente possui um uso mais específico, a exemplo de estar circunscrito apenas às demandas da comunidade LGBT, neste artigo ele será empregado em uma perspectiva mais ampla, com o intuito de englobar aquelas demandas e outras que possam associadas à sexualidade. Neste último ponto, estariam

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Direito e Bacharel em Filosofia pela mesma instituição e Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo (FIBAM). E-mail: leonardoalmeida222@gmail.com.

1 Cf. DOUZINAS, 2000a, pp. 186-187.

as demandas das mulheres por uma legislação trabalhista que reconheça as especificidades de sua condição, como também demandas pela descriminalização do aborto ou pela construção de delegacias especialmente equipadas, principalmente em termos de pessoal, para o atendimento de mulheres vítimas de abuso sexual.

Se limitarmos o conceito de demanda de gênero a uma compreensão específica do termo gênero, os segundos tipos de demanda permaneceriam de fora desta investigação. Em contrapartida, uma ênfase significativa no sexo ou sexualidade poderia deixar de fora ou mesmo minimizar a importância do primeiro tipo de demanda. Para a reflexão proposta por esse artigo, é relevante que os dois conjuntos sejam igualmente abrangidos.

Recentemente elas têm ganhado cada vez mais visibilidade nas diversas democracias liberais, servindo para impulsionar um diálogo entre teoria e filosofia do direito e os estudos de gênero. Acreditamos que essa aproximação apresenta novas dificuldades e problemas ao teórico do direito.

A proposta desse artigo foi tomar como base principalmente algumas reflexões de Drucilla Cornell, Judith Butler e Costas Douzinas para se pensar as demandas de gênero no contexto dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, onde considerável parte dos direitos fundamentais são ao menos juridicamente – para não dizer constitucionalmente – resguardados. Mesmo assim, muitas das demandas de gênero permanecem insatisfeitas e de difícil assimilação pelo sistema jurídico.

O artigo é organizado em duas partes, cada uma centrada em perspectivas teóricas distintas, mas que dialogam entre si. A primeira é focada na importância de se repensar a diferença sexual, sobretudo no contexto de sistemas jurídicos que ignoram – ou atribuem pouca relevância – a esse tipo de diferença. Embora conduzido por certas preocupações teóricas de Drucilla Cornell, também em Costas Douzinas e Nancy Fraser encontraremos subsídios que contribuem para a nossa investigação. A finalidade não consiste apenas em se pensar o gênero como dimensão importante da subjetividade no contexto jurídico, mas também a forma como as condições sociais e profissionais são também influenciadas por ele.

A segunda parte tem como preocupação majoritária uma análise em torno das barreiras e limites à implementação das demandas de gênero, portanto em desvelar as relações de poder que obstruem aquelas pretensões. Há anos, Judith Butler vem desenvolvendo ricas considerações acerca das relações entre subjetividade, gênero e poder, e em seus trabalhos

mais recentes a autora norte-americana analisou também, no contexto dos acontecimentos próximos ao 11 de Setembro, a tensão entre o poder soberano e os direitos individuais que deveriam servir de limite ao exercício daquele poder.

O foco dessa seção consiste em problematizar a relação entre subjetividade e norma. A manutenção de uma forma específica de diferença sexual tem o intuito normativo de manter certas demandas de gênero afastadas e insuscetíveis de serem implementadas. Encarados como anormais, não naturais e ofensivos aos bons costumes, aos corpos indisciplinados são opostas medidas que os colocam em uma complexa relação com um direito que, por sua vez, não reconhece a especificidade de suas demandas.

Repensar criticamente as premissas e assertivas que fundamentam concepções políticas majoritárias em torno do pertencimento e da comunidade é crucial para que as demandas de gênero sejam também consideradas em suas especificidades. Seguindo esta investigação, as condições em que os sujeitos de direito formulam as suas demandas políticas no panorama das democracias liberais poderão ser delimitadas, inclusive no que concerne aos obstáculos que dificultam as suas recepções pelo poder instituído. A dominação de um grupo sobre o outro não é superada mediante a edição de novas leis, mas através de um engajamento crítico em torno dos laços que prendem o sujeito à sua comunidade, e dos caminhos possíveis para que seja alterada essa relação.

2. A importância de se pensar a diferença sexual a partir do sujeito de direito: implicações culturais e econômicas

Em seu livro *O Fim dos Direitos Humanos*, Costas Douzinas realiza uma detalhada investigação histórica em torno da formação do sujeito na modernidade. O autor reconhece que, mesmo não sendo um assunto que despertou grande interesse entre os teóricos do direito, não é possível haver qualquer direito sem antes haver uma concepção específica de sujeito².

Uma das considerações iniciais feitas por Douzinas é a de que a conceituação do sujeito envolve uma delimitação não necessariamente clara entre os entes que podem ser considerados juridicamente responsáveis e

2 Cf. DOUZINAS, 2000a, p. 183.

os que se encontram excluídos dessa ordem. Ele coloca em relevo a própria contingência do sujeito de direito ao esclarecer a sua vinculação a um determinado panorama histórico e social. O julgamento de animais na Idade Média, seguindo inclusive todos os procedimentos e rituais usuais, por exemplo, não constituía fato incomum. Ressaltar a contingência do sujeito de direito, portanto, a sua historicidade, significa, dentre outras coisas, destacar as circunstâncias do seu surgimento e as forças sociais e políticas que acabam por lhe dar uma forma³.

Uma investigação histórica do sujeito de direito é também capaz de mostrar o delicado jogo de inclusão/exclusão de elementos que acompanha a distinção entre os que se encontram acobertados pelo repertório de direitos e deveres vigentes daqueles que não estão. Se, mesmo em uma ordem secular e humanista, a existência da escravidão, responsável por transformar o ser humano em objeto disponível, ocorreu em larga escala, o próprio componente humano do sujeito de direito não é só passível de revisão, mas é também frágil.

O persistente patriarcalismo de certas sociedades não deve ser compreendido somente como uma possibilidade de organização das relações sociais centrada nas necessidades masculinas e no seu imaginário acerca da presença do feminino. Antes também reflete a naturalização da desigualdade em torno dos espaços e oportunidades que recai sobre os corpos sexualizados. Por isso, via de regra, na história do pensamento jurídico a postulação do sujeito de direito não demandou, a princípio, uma consideração do domínio de sua sexualidade. Patriarcalismo, aqui, portanto, engloba, sem dúvida, uma forma específica de organização social em que se prioriza uma determinada configuração corporal e sexual sob uma outra, mas acena também para o conjunto de discursos e estratégias que fazem com que essa forma de desigualdade se torne trivializada a partir do momento em que é aceita como norma.

A expansiva normatização do comportamento feminino reproduziu, na mecânica do sistema jurídico, a estrutura patriarcal que organizava o espaço social de boa parte das democracias ocidentais. A formalidade e a universalidade do sujeito de direito moderno demandam que as diferenças intrínsecas a cada ente abrangido por esse conceito sejam niveladas e desconsideradas: o sujeito de direito, portanto, precederia o gênero e a etnia.

3 Cf. DOUZINAS, 2000a, p. 184.

Teorias da justiça contemporâneas influenciadas por Kant, sendo a mais célebre a formulada por John Rawls⁴, seguem por esse caminho: o véu da ignorância atua como procedimento teórico capaz de avaliar o grau de justiça, ou equidade, das instituições de qualquer sociedade que se autocompreenda como democrática e liberal. A justiça distributiva, proposta por essa posição, permite a consideração e o trato das desigualdades múltiplas que integram o espaço social e, ao menos neste sentido, as questões de gênero podem ser endereçadas. Porém, como lembra Drucilla Cornell, no que se refere àquelas questões, essas posições tendem a se mostrar insuficientes:

A falha em “ver” que existe um espaço moral que antecede a avaliação de entidades a serem colocadas no procedimento pelo qual nós determinamos o escopo de questões de justiça distributiva tem obstruído a habilidade da filosofia política kantiana em lidar com a diferença sexual em questões cruciais, como aborto e as leis que protegem o feto⁵.

Sendo o sujeito de direito também o lugar da postulação, o pleito jurídico de lésbicas e gays, por exemplo, esbarra em uma situação intrincada: caso sofram uma injustiça, podem postular, mas somente poderão fazê-lo enquanto homens e mulheres heterossexuais, o que é suficiente para deformatar as suas demandas. Fala-se em deformação uma vez que as injúrias e humilhações endereçadas a uma mulher homossexual podem – e frequentemente vão ser – distintas daquelas de uma mulher heterossexual: a desconsideração da diferença sexual subsume qualquer demanda fundada no gênero em um universo de significação estabelecido e formado por um gênero hegemônico.

Nesta direção, também a relação entre gênero e sexo no panorama jurídico, além de complexa, torna-se instável. Ora o que se percebe é uma identidade entre os termos, ora uma distinção, mas que, permanecendo implícita, aparentemente não se configura problemática para a legislação que trata desta temática. Para Cornell, as leis seriam incapazes de assimilar formas de discriminação específicas que recaem sobre determinados sujeitos de direito:

4 Essa teoria pode, no entanto, ser lida a partir de uma perspectiva feminista onde a diferença sexual é enfatizada. Para uma dessas abordagens, Cf. OKIN, 1989.

5 CORNELL, 1998, p. 15.

Homens homossexuais não podem demandar direitos subjetivos seja porque propositalmente são tratados de maneira diferente em virtude de sua “orientação sexual”, não por conta de seu gênero. Ironicamente, homens heterossexuais podem formular queixas de discriminação se perceberem que estão recebendo um tratamento diferente do das mulheres, apenas porque este tratamento pode ser considerado discriminação de gênero. O que ocorre com as lésbicas, ocorre com os gays – porque a interpretação jurídica do sexo tende a ser o gênero, o tratamento diferencial a que são submetidos é uma desigualdade ainda não alcançada pela presente forma das leis de discriminação⁶.

As pesquisas empíricas de Leslie J. Moran, do *Birkbeck College*, nos poderes judiciários da Austrália, Inglaterra, África do Sul e País de Gales, apontam na direção das colocações de Cornell: a diferença sexual é compreendida de maneira distinta das outras formas de diferença, como etnia e raça. A homossexualidade de um juiz, por exemplo, mostrou-se indiferente quando comparada com a sua identificação racial: enquanto a presença de juízes afrodescendentes pode ressaltar o quanto uma determinada instituição consegue ser inclusiva, a sua sexualidade permanece invisível⁷.

É fundamental para este artigo sublinhar a instabilidade da distinção entre sexo e gênero. Por trás dessa distinção, existe a associação do sexo enquanto um dado imediato, natural, um domínio em que pouco pode ser problematizado. O gênero, em contrapartida, estaria diretamente associado com o cultural, logo sendo somente acessível mediante às categorias e os conceitos socialmente produzidos, abrindo amplo espaço para indagações e questionamentos, ao contrário do sexo.

Apontar a instabilidade não significa sustentar uma identificação entre os termos. Não quer dizer que a estrutura ou a forma biológica pode ser reduzida a uma percepção cultural uma vez que existem, de fato, uma série de questões relacionadas especificamente com a constituição corporal feminina e que, de outro modo, ainda não podem ser transpostas para outros domínios. No tocante ao aborto, a ausência de um útero impõe um limite para os que podem ou não realizar o ato, para os que estão diretamente circunscritos pela penalização da prática.

6 CORNELL, 1998, pp. 3-4.

7 Cf. MORAN, 2009, p. 281-282.

Ademais, essa identificação implica, via de regra, na associação pretensamente necessária entre um modo de vida específico e uma constituição corporal dada. É uma estratégia que, dentre outras funções, representa uma forma de vida determinada como a única, ou então a mais correta, para a vivência daquela constituição corporal. A instabilidade dessa distinção, portanto, não é motivo para eliminar a mesma. No fim, a gravidez e o aborto são duas questões que impõem limites a uma abordagem cultural da diferença sexual, o que possui consequências importantes. A gravidez feminina e a impossibilidade de uma gravidez masculina afetam diretamente a percepção do mercado de trabalho capitalista em torno do valor da mão de obras de homens e mulheres.

Utilizaremos demandas de gênero como uma terminologia mais ampla e que inclui também aquelas usualmente associadas à diferença sexual. Enfatizaremos o gênero em detrimento do sexo por conta de sua extensão: queremos abranger, com apenas um conceito, demandas formuladas pelas “minorias de gênero” sem deixar de lado as demandas usualmente associadas às lutas femininas.

Trata-se de uma estratégia que, sob o ponto de vista analítico, pode soar simplificadora e alimentar incompreensões, mas que, sob uma perspectiva política, é estratégica: mostra a importância do domínio sexual na constituição do próprio sujeito de direito, não somente de suas demandas. Diferenças sexuais e demandas de gênero, portanto, são termos empregados para enfatizar o domínio sexual do sujeito de direito que foi – e permanece sendo – esquecido ou tratado como um aspecto que não demanda considerações pacientes. Estamos cientes, em especial no tocante à produção intelectual da década de 80, da colonização do sexo pelo gênero, mas a discussão desse tópico excede as pretensões e o espaço deste artigo.

Como a dimensão sexual do sujeito interfere diretamente no espaço de postulação do sujeito de direito ao lhe atribuir uma posição específica na sociedade, ele se torna importante demais para se converter em uma mera propriedade do sujeito, que pode ser ressaltada ou desconsiderada dependendo do contexto em que ele esteja situado. O contrário implicaria reiterar a força da dicotomia liberal privado/público: o gênero integraria o domínio privado, ao passo que o espaço público, político, seria dessexualizado. Um dos motes clássicos do feminismo trata de ressaltar a instabilidade das fronteiras que informam essa distinção: o pessoal é político.

A desestabilização da dicotomia liberal é uma consequência da inserção das relações de poder no espaço previamente reservado à vivência das inclinações e das preferências individuais: estas não resultariam apenas de uma escolha racional e particular do sujeito, mas também dos efeitos das forças políticas que atuam e organizam o espaço social⁸. Mas em que medida podem novas formas de subjetividade se beneficiarem desta forma de conclusão?

O sujeito de direito não está apenas relacionado com a aquisição de direitos e deveres: ele é também um espaço em que uma entidade qualquer adquire e postula aqueles direitos e deveres, portanto precede a estes. A inclusão de alguns entes ocorre em meio à exclusão de outros: seres humanos e grandes corporações podem ser sujeitos de direito enquanto o meio ambiente e os animais não. A formalidade do sujeito de direito moderno tornava impraticável a problematização das desigualdades de gênero porque seu referencial era a humanidade, não homens e mulheres em contextos socioculturais particulares e definidos. O surgimento posterior dos direitos sociais e políticos, embora não necessariamente sensíveis às desigualdades de gênero, marca um avanço rumo ao reconhecimento das distorções sociais pelo aparato institucional jurídico das democracias ocidentais no começo do século vinte.

Em meados do século vinte, a militância feminista adquiriu grande importância política ao ressaltar não apenas a desigualdade no tocante aos direitos e deveres entre homens e mulheres, mas também ao questionar a submissão constante do feminino nos mais variados espaços sociais: o universo profissional, a estrutura familiar, os comportamentos aceitáveis, os padrões estéticos desejáveis, etc. Neste contexto, a vivência feminina se organizara como um adendo às expectativas masculinas. O feminino, no entanto, mostra-se elusivo: sendo o outro do discurso falocêntrico, não se deixa ser facilmente apreendido por ele⁹.

O discurso político hegemônico¹⁰ representa uma totalidade de significação que torna ininteligível ou distorcido os elementos e posições incom-

8 Cf. FITZPATRICK, 2002, p. 119.

9 Cf. CIXOUS; CLEMENT, 1986.

10 Discutindo a obra de Judith Butler desde a temática da biopolítica, Elena Loizidou discorre sobre a dimensão normativa do poder, no sentido de inclusão/exclusão de formas específicas de subjetividade. Cf. LOIZIDOU, 2007, p. 154.

patíveis com os seus pressupostos teóricos¹¹. Discorrendo acerca da racionalidade moral, Iris Marion Young observa como a associação da mulher com o sentimental ao invés do racional praticamente a coloca fora daquele domínio:

Como consequência da oposição entre razão e desejo, decisões morais fundamentadas em considerações de simpatia, cuidado e preocupadas com uma necessidade diferenciada são definidas como não racionais, não “objetivas”, meramente sentimentais. Na proporção que a mulher exemplifica ou é identificada com tais estilos de tomadas de decisão moral, então, as mulheres estão excluídas da racionalidade moral. A racionalidade moral de qualquer outro grupo cuja experiência ou estereótipo os associa com o desejo, a necessidade e a afetividade são também suspeitas¹².

As relações de poder organizadas pelos discursos políticos hegemônicos moldam os arranjos institucionais ao mesmo tempo em que obstruem a participação de formas de subjetividade que não se deixam assimilar pelos pressupostos deste discurso: a anormalidade e a distorção que elas representam previne, desde já, uma consideração tolerante do discurso do outro.

A conexão entre sujeito de direito, poder e gênero está montada. O sujeito de direito delimita os entes portadores de direitos e deveres, delimitação esta que reiteramos ser posterior à sua inserção em uma rede de significação estruturada pelo conjunto dos discursos políticos hegemônicos. O gênero pode ser utilizado – e neste artigo apontamos essa possibilidade – para incluir e/ou excluir determinados entes da esfera jurídica, ou então expandindo ou restringindo o seu conjunto de direitos.

Sejam fundadas em um conjunto natural de qualidades humanas universais ou nos padrões socialmente estabelecidos de conduta pessoal, as fronteiras constitutivas do sujeito de direito se mostram instáveis – e a elaboração de vários direitos que vieram atender as diversas demandas de gênero atesta isso. A instabilidade se reflete nas circunstâncias contingentes responsáveis por viabilizar um determinado tipo de sujeito:

11 Drucilla Cornell fala em “banimento para o reino do fenômeno” (*banished to the realm of the phenomenal*) para se referir a “...nossa exclusão da comunidade moral de pessoas. Ser banido para o reino do fenômeno significa se tornar socialmente morto” (CORNELL, 1998, p. 21).

12 YOUNG, 1987, p. 63.

O sujeito moderno, como o indivíduo, não é a nobre e completa realização de um esforço inato, liberto da ignorância restritiva e preconceituosa do passado. O sujeito individual é, antes, o produto de uma administração disciplinar. A administração liberal moderna encarna um acoplamento particular de poder e saber que cria uma subjetividade particular¹³.

A contingência do sujeito permite a redefinição contínua das suas características e propriedades, como também transforma, por meio de sua resistência, o seu entorno. Um exemplo consistiria na conquista de novos direitos, estendendo a participação política aos grupos anteriormente subintegrados. O mesmo discurso de gênero que naturaliza e politicamente centraliza uma determinada configuração sexual, é responsável por revelar a fragilidade de sua fundação.

Se, por um lado, a aquisição de novos direitos faz com que a desigualdade de gênero seja introjetada dentro da própria forma de vida de uma comunidade política, o que sem dúvida proporciona uma maior autonomia para os sujeitos outrora oprimidos, por outro lado, reforça a subordinação do sujeito de direito à lei. Autônomo e dependente, livre e subordinado, é nesta condição indeterminada que o sujeito pode, ao fazer uso dos seus direitos, estender e reestruturar a sua identidade ao mesmo tempo em que confronta o seu entorno social e político:

Neste sentido, a liberdade é fortalecida pela habilidade dos direitos em estender os limites do social, expandindo e redefinindo o eu e as identidades coletivas. Ela opera apenas se as possibilidades abertas permanecem no mundo e extinta quando a dupla determinação do sujeito enquanto livre e subordinado pende mais para o polo da sujeição¹⁴.

É também no contexto desta discussão que Drucilla Cornell vai se referir ao domínio imaginário (*imaginary domain*). Nossa existência social é organizada em torno de aspectos como gênero, posição social, etnia, dentre outros: todas essas características, conforme os princípios mais básicos das democracias constitucionais, seriam, salvo os casos de ação afirmativas e correlatos, insuficientes para se estabelecer quaisquer formas de discri-

13 FITZPATRICK, 2002, p. 121.

14 DOUZINAS, 2000b, p. 223.

minação. Os estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*) mostraram ao longo de décadas que isso simplesmente não acontece. Falar em domínio imaginário da forma como Cornell o faz não implica eliminar os caracteres sociais do sujeito, como gênero e etnia, mas enfatizá-los enquanto elementos indissociáveis de sua existência, trazendo-os inclusive para o centro de considerações jurídicas¹⁵.

A liberdade em assumir a nossa existência sexualizada significaria, neste contexto, aceitar também que as demandas de gênero não constituem requisições menos relevantes do que aquelas formuladas pelas várias minorias étnicas. Em outras palavras, o gênero não é uma dimensão menor e contornável de nossa existência social que pode ser, quando conveniente, ignorada e em outros contextos, ressaltada. Ao trazer à tona a diferença sexual enquanto fator indiscutível de desigualdade, o movimento feminista também apontou a possibilidade de inserção mais ampla da mulher no mercado de trabalho, principalmente nos segmentos profissionais em que antes uma expressiva participação feminina era inconcebível.

Drucilla Cornell ressalta a grande diferença de direitos e obrigações que separa os homens das mulheres grávidas. Menciona não apenas as profundas discrepâncias que existem em termos de remuneração e oportunidades profissionais, passando por sucessivas formas de discriminação, assim como as medidas coercitivas e a hospitalização forçada de mulheres grávidas viciadas em algum narcótico¹⁶. Medidas invasivas como essa atestam a importância que é dada à sexualidade na construção e aplicação do direito, muito embora frequentemente essa importância se encontre velada sob o manto de alguma noção formal de igualdade jurídica.

Como uma das finalidades – talvez até a mais importante – de uma democracia constitucional é proporcionar que cada um possa desenvolver o potencial criativo e intelectual que carrega consigo, levando assim uma vida viável em conformidade com os seus próprios valores, então o domínio imaginário é, como Cornell sustenta, uma forma de direito¹⁷. A igualdade formal, embora juridicamente necessária, atuaria também reduzindo a diferença sexual a uma questão de força de trabalho: a mulher se converte em produtora, como mais um acréscimo na produção de riquezas e serviços.

15 Cf. CORNELL, 1998, p. ix.

16 Cf. *Ibid.*, pp. 66-67.

17 Cf. *Ibid.*, p. ix.

Uma aparente solução para esse impasse seria implementar políticas públicas e serviços capazes de resolver – ou minimizar – os efeitos negativos proporcionados por essa nova realidade profissional, como o auxílio à maternidade. O problema se mantém, ainda que sob outra denominação: ao invés de produtora de riquezas e serviços, a mulher se converte em receptora de benefícios assistenciais.

Pensar a subjetividade feminina e as questões sexuais no contexto das democracias contemporâneas demandará mais do que destacar a relativamente recente integração social e jurídica daqueles que outrora, por questões sexuais, permaneciam às margens desses processos. A abordagem precisa ser outra.

Ao invés de uma substituição da igualdade social pela diferença sexual, introduzindo uma dicotomia desnecessária, que pode acabar por retratar o movimento feminista como usurpador de inúmeras prerrogativas masculinas, cabe antes reconsiderar a igualdade social através da diferença sexual. As implicações podem ser significativas.

Uma cuidado inicial consiste em não enfatizar a diferença sexual em detrimento das desigualdades econômicas e culturais responsáveis tanto por introduzir restrições nos mercados profissionais quanto por ignorar as diferenças entre as classes econômicas norteadas por aquele tipo de diferença. Mulheres negras homossexuais pobres são afetadas de maneira bastante diversa das mulheres brancas heterossexuais de classe média¹⁸.

Não captar essas diferenças, que criam limitações e obstáculos à integração social e política, produz não somente um quadro francamente simplório das circunstâncias de vários segmentos sociais. Cria-se um quadro em que formas de desigualdades entrelaçadas são separadas apenas para satisfazer um interesse analítico, gerando uma equivocada cisão entre distribuição e reconhecimento quando, de fato, ambos se entrelaçam¹⁹.

A tensão entre as formas jurídicas, incluindo direitos subjetivos sociais e políticos, e os arranjos contemporâneos em torno de subjetividades

18 Cf. CORNELL, 1998, p. xii. Também fluxos migratórios fazem com que certas questões de gênero venham a adquirir uma especificidade maior. Em 1996, ocorreu o primeiro caso em que uma mulher obteve asilo nos Estados Unidos com a justificativa de que o retorno ao seu país de origem poderia implicar que ela viesse a sofrer mutilação genital. No entanto, a decisão favorável ao asilo fora dada em consideração à intensidade da lesão, o que, conforme Cornell, deixa em aberto a possibilidade de vir a rejeitá-lo em circunstâncias onde a lesão seja considerada menor. Cf. *Ibid.*, p. 172.

19 Dentre outras referências, Cf. FRASER, 2008, p. 228 e ss.

atravessadas por demandas de gênero, pode ser ainda mais intrincada em outros casos. Há situações limites que confrontam ainda mais as concepções jurídicas ordinárias sobre o gênero e o sexo. A intersexualidade, por exemplo, não se inscreve na matriz binária do masculino/feminino, que, por sua vez, informa parcialmente a identificação jurídica do sujeito. Sem essa forma de identificação, não resta outra atitude senão a de relegá-los a desvios patológicos ou a uma assimilação, que não deixa de ser forçada, aos padrões disponibilizados pela estrutura jurídica.

O caráter utópico do domínio imaginário reflete uma sensibilização no tocante às diferentes formas de subjetividade e ao seu reconhecimento social na arena política das democracias liberais. Se a possibilidade de um casal de lésbicas de constituir uma família e adotar uma criança é bloqueada porque, em primeiro lugar, essa relação não é reconhecida juridicamente, já que é inaceitável conforme os valores sociais hegemônicos, não há como falar em reconhecimento. Parentes heterossexuais negam aos outros o que, para eles, é um direito fundamental²⁰.

Seguindo o percurso trilhado por John Rawls e Jürgen Habermas, Cornell enfatiza a separação de questões concernentes ao bem daquelas que se referem aos direitos: a concepção individual que cada um possui acerca de sua sexualidade e do lugar que ela ocupa nas instituições sociais pode acabar fazendo com que se acredite que esta é a única maneira válida existente. Em uma sociedade complexa, onde os cidadãos já não partilham de uma tradição em comum capaz de validar as suas condutas e projetos individuais, a crença em uma única concepção acerca de uma vida correta e dos seus valores fundamentais é problemática. A separação entre o bem e o direito serve, dentre outras finalidades, para apontar como a não interferência do exercício de um direito perante o do outro corresponde a um tratamento igualitário, porém sensível às diferenças circunstanciais de cada jurisdicionado.

No exemplo mencionado, a opção de um casal de lésbicas por constituir uma família e recorrer à adoção, não interfere e menos ainda obstrui o exercício do mesmo direito por parte dos casais heterossexuais²¹. Essa ausência de intervenção é questionada por alguns segmentos heterossexuais como uma violação de seus direitos: a instituição do casamento tradicio-

20 Cf. CORNELL, 1998, p. 176.

21 Cf. *Ibid.*, pp. 176-177.

nalmente não comporta a relação entre pessoas do mesmo sexo, ferindo a moralidade pública.

Neste tipo de argumentação percebe-se uma identificação apressada entre bem e direito, substituindo a complexidade da sociedade, na forma de diversidade de valores e visões de mundo, por uma tradição monolítica responsável por validar ou invalidar comportamentos e convicções. Torna-se irrelevante ressaltar a não interferência dos direitos de um determinado segmento perante o exercício dos mesmos direitos por outro segmento, uma vez que a própria pretensão do primeiro grupo já se encontra negada pelos valores do segundo.

Como não há uma separação precisa entre o bem e o direito, resta às demandas de gênero a conformação com os preceitos da tradição hegemônica – o que em muitos casos significa anular as suas próprias pretensões. A identificação entre os dois domínios pode, portanto, produzir – e frequentemente este termina sendo o caso – um significativo enfraquecimento do tratamento igualitário entre todos os cidadãos, bem como uma severa limitação nos projetos existenciais dos mesmos:

Não pode ser razoável degradar os que optaram por uma sexualidade e uma vida familiar que não se conforma com alguma norma amplamente adotada ao tratá-los como pessoas que são menos livres e iguais. Assim, se a um casal de lésbicas não é permitido que sejam parentes, eles estão sendo claramente constrangidos a levarem uma vida em desconformidade com as suas próprias escolhas²².

Dentre os vários problemas políticos das nações que aderiram ao socialismo, um deles fora a considerável falta de autonomia privada dos seus cidadãos, tendo como consequência, dentre outras, amplas restrições no que concerne à escolha dos seus projetos existenciais particulares. A conformação do indivíduo à ideologia partidária, para além de uma adesão a um plano político, convertia-se em uma necessidade, sendo capaz de separar os que sobreviveram dos que pereceram. As democracias capitalistas, principalmente após a década de 70, passaram a representar a coexistência de uma produção eficiente de riquezas com a manutenção e o zelo dos ideais de igualdade e liberdade, garantindo a todos, em tese, uma existência digna e livre dos abusos já conhecidos dos países socialistas.

22 CORNELL, 1998, p. 176 e ss.

Entretanto, Cornell nos lembra que os ideais que informam uma determinada comunidade política podem ser manipulados para que satisfaçam os mais variados interesses, inclusive invertendo os seus sentidos originários ou usuais. Durante um certo tempo nos Estados Unidos, a paranoia diante de uma possível invasão socialista submeteu muitos cidadãos americanos a interrogatórios secretos, ignorando em muito o direito ao devido processo legal e mesmo à liberdade de expressão²³. A defesa irrestrita da liberdade fez com que a própria liberdade e a integridade de alguns fosse sacrificada.

Repensar a diferença sexual implica também conceber a igualdade desde as particularidades de gênero, criando um espaço social propício para o desenvolvimento de formas de vida distintas, mas igualmente protegidas pelo aparato institucional. Esta é a proximidade que Cornell guarda com John Rawls e Ronald Dworkin: os três contemplam não apenas uma preocupação com a autonomia individual, portanto, com a liberdade que se possui para viver em conformidade com seus valores e visões de mundo, mas também com uma alocação de recursos materiais que torne esse panorama viável.

Desde a década de oitenta, Nancy Fraser tem chamado atenção para a relação entre as políticas de bem-estar (*Welfare*) e as demandas de gênero que as acompanham, mostrando como as sucessivas reformas se mostraram cada vez mais problemáticas e restritivas ao auxílio das mulheres, um dos segmentos mais beneficiados pelos programas. A relação entre reformas neoliberais e uma reconfiguração das relações de gênero para atender àquelas demandas se fez explícita²⁴. A abolição ao auxílio das famílias carentes, em sua maioria monoparentais e geridas por mulheres, representou nos Estados Unidos um duro golpe nas políticas de bem-estar, deixando claras as preocupações neoliberais: não há espaço para financiar e auxiliar pessoas que almejam receber algo em troca de nada²⁵.

As concepções neoliberais reproduzem implicitamente um padrão de estrutura familiar que se supõe adequado às necessidades das economias capitalistas ao mesmo tempo em que mantém uma desigualdade de atribuições: é aceitável que a esposa seja dependente do marido, sendo tam-

23 Cf. CORNELL, 2004, p. viii.

24 Cf. FRASER; BEDFORD, 2008, p. 226.

25 Cf. *Ibid.*, p. 227 e ss.

bém adequado que a família seja heterossexual. Fraser acrescenta:

Então, no casamento de conveniência entre o neoliberalismo e o conservadorismo cultural, não há problema em uma mulher ser dependente do seu marido já que se trata de uma dependência particular, e também porque uma mulher deve ser casada e heterossexual. Em contrapartida, dependência ilegítima é aquela em que se depende do Estado, dos recursos públicos. Esta é logo identificada com parasitismo, com receber algo em troca de nada²⁶.

Ainda que, a princípio, o centro da discussão seja a redistribuição dos recursos materiais da sociedade a partir de um imaginário neoliberal, o gênero é um ponto central: certas configurações familiares, em tese, dependeriam menos dos recursos públicos, sendo economicamente mais eficientes e honestas, pois devolvem à comunidade cada benefício que dela extraem. A necessidade de auxílio estatal, cujo principal respaldo jurídico pode ser encontrado nos direitos sociais e trabalhistas conquistados desde o começo do século vinte, representa uma temática híbrida: aproxima os conflitos de identidade sociocultural com os de redistribuição das riquezas geradas na sociedade, vinculando reconhecimento e distribuição.

Iris Marion Young chama atenção para as condições institucionais que precisam compor um conceito de justiça capaz de transformar as circunstâncias das minorias políticas: devem permitir não apenas o exercício e desenvolvimento das capacidades individuais, como também formas coletivas de cooperação²⁷. Esse conceito possui também uma função analítica importante ao delimitar formas de constrangimentos que incapacitam (*disabling constraints*), sendo uma a opressão.

A opressão íntegra – e, por vezes, constitui o centro – dos discursos dos vários movimentos sociais, organizando e dotando de significado as suas experiências cotidianas. Cada grupo não se submete às mesmas relações de opressão, nem é da mesma forma oprimido, o que torna difícil estabelecer um conjunto de critérios e parâmetros pelos quais podemos apontar a existência da opressão. Entretanto, a utilização dos conceitos nos vários discursos permanece.

26 Cf. CORNELL, 2004, p. 228.

27 Cf. YOUNG, 1990, p. 39. Posição semelhante é sustentada por Drucilla Cornell, cf. CORNELL, 1998, p. 64.

A opressão a que nos referimos quando ponderamos acerca das demandas de gênero é estrutural. Ela não é, embora possa ser, a expressão de um poder cujo exercício violento se faça explícito: a sua base reside nas normas e padrões comportamentais sociais naturalizados que também são reproduzidos nas várias instituições sociais. Iris Marion Young escreve:

Mas a opressão também se refere às limitações sistemáticas sob grupos que não necessariamente refletem as intenções de um tirano. Opressão neste sentido é estrutural, ao invés de resultante da escolha de algumas pessoas ou políticas. Suas causas estão fundadas em normas, hábitos e símbolos não questionados, nas premissas implícitas das regras institucionais e das consequências coletivas produzidas ao se seguir essas regras²⁸.

A exclusão social pela qual são submetidas mulheres e outras minorias abrange tanto o domínio simbólico ou de reconhecimento, portanto, de representação política e expressão cultural, quanto o material ou de distribuição, uma vez que aqueles grupos também compõem a maioria dentre as classes econômicas mais baixas. A realização do ideal liberal da autonomia individual, neste contexto, só pode ser concebida como bastante improvável.

3. A performatividade do sujeito e a sua resistência: considerações a partir da obra de Judith Butler para uma reflexão acerca da subjetividade jurídica

Um rico suporte teórico e contemporâneo para se abordar a tensão entre subjetividade e aparato governamental e jurídico pode ser encontrado na obra de Judith Butler. Repensando criticamente muitos dos pressupostos teóricos que conduziram o feminismo norte-americano da década de 70, representados por Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon, assim como aquele desenvolvido na França por Luce Irigaray, Butler também se aproximou das reflexões contemporâneas acerca da soberania e da biopolítica, tornando muitas posições suas próximas, porém não necessariamente compatíveis, com as de Giorgio Agamben²⁹.

28 Cf. YOUNG, 1990, p. 41.

29 Cf. LOIZIDOU, 2007, p. 2. Para Jemima Repo o ponto de partida da teoria do gênero de Butler não é a

A aquisição de direitos, dentre eles os políticos e os sociais, viabiliza um reexame contínuo da democracia pelos seus cidadãos, tornando-a aberta às transformações consideradas necessárias. Acrescenta-se que na maior parte das democracias contemporâneas, tais prerrogativas são garantidas constitucionalmente. Em tese, protege-se juridicamente a integridade do cidadão frente ao exercício do poder administrativo e coercitivo do Estado, através do devido processo legal e dos demais direitos subjetivos.

As preocupações teóricas de Judith Butler, conforme Elena Loizidou, acompanham desde o princípio de sua obra a seguinte pergunta: como podemos levar vidas viáveis³⁰? De maneira semelhante, o domínio imaginário a que se refere Cornell também é uma meditação sobre esse tema, embora assumindo uma outra perspectiva.

Certos acontecimentos históricos recentes, como o surgimento do *Patriot Act*, centros de detenções como Guantánamo e o assassinato de Jean Charles de Menezes, todos os três relacionados a duas das mais consolidadas democracias liberais, revelam a sempre presente possibilidade de uma violência irrestrita por parte do poder soberano, violência esta não circunscrita às limitações delineadas pela ordem jurídica. A possibilidade de o sujeito de direito ser destituído de todo o arcabouço simbólico que o faz ser, em primeiro lugar, o *locus* do exercício dos direitos e da submissão aos deveres não apenas se torna real, mas tem em Guantánamo e nos demais campos de detenções similares uma visível realidade. A vida se torna inviável.

Embora os acontecimentos mencionados estejam relativamente distantes das questões referentes ao domínio sexual do sujeito, como as que versam sobre o gênero, com estas guardam semelhança ao definirem os limites da subjetividade jurídica, já que ela distingue os que podem exercer direitos dos que não são reconhecidos pela ordem jurídica, logo incapazes de ter qualquer direito. A unidade de uma nação, de uma comunidade – e mais uma vez precisamos reiterar este ponto pela importância que possui dentre os autores pós-estruturalistas e os que por eles foram influenciados – necessita da introdução de uma fronteira cuja principal funcionalidade é

biopolítica, mas a crítica à distinção gênero/sexo, inclusive levando a um distanciamento da biopolítica no trabalho da autora. Na leitura butleriana da História da Sexualidade, a ênfase recai na sexualidade enquanto complexo entrelaçamento de poder e discurso que constrói a noção de “sexo” como forma de dissimular essas mesmas relações, Cf. REPO, 2014, p. 75-79.

30 Cf. LOIZIDOU, 2007, p. 6.

a de ser o registro de um objeto imaginário: a sociedade civilizada, a comunidade unida, dentre outros³¹.

A manutenção deste tipo de imaginário tem como preço a exclusão sistemática de formas de subjetividade consideradas destoantes pelos segmentos politicamente hegemônicos da comunidade³². Das diversas manifestações contemporâneas de nacionalismo, especialmente no panorama europeu, ao próprio *Patriot Act*, o ideal de uma comunidade nacional, que precisa ser defendida contra ameaças internas e externas, atuou como forte pretexto de legitimação para coibir – e em certos casos eliminar – o que no momento se concebeu como ameaça àquela forma de vida em particular.

Nós podemos supor que o Estado pressupõe modos de pertencimento jurídicos, ainda que mínimos, mas como o Estado pode ser precisamente aquilo que expelle e suspende obrigações e proteções jurídicas, ele pode colocar alguns de nós em situações bastante adversas. Pode significar a fonte de um não-pertencimento, inclusive produzindo aquele não-pertencimento enquanto estado semipermanente³³.

Estado, portanto, pode adquirir um duplo significado: o primeiro se referindo ao conjunto de estruturas institucionais e jurídicas que permitem – ou obstruem – certos modos de vida, enquanto o segundo vai se referir precisamente a estes modos. Esferas da vida social como família, trabalho, lazer, são envolvidas por disposições normativas estatais. O mesmo Estado que aproxima é aquele que também pode separar e segregar³⁴.

A dualidade presente no significado de Estado, na concepção de Butler, não permite a separação entre estruturas institucionais e os estados ou dimensões subjetivas de nossas vidas particulares. No entanto, a possibilidade de haver uma subordinação ao poder, no contexto de ausência da forma estatal tal como a conhecermos (o caso de Guantánamo, e mesmo Gaza), serve para nos lembrar que o poder não se circunscreve ao seu exercício jurídico³⁵.

31 Cf. GOLDER; RIDLER; WALL, 2009, p. 106.

32 Como bem aponta Drucilla Cornell, inúmeros autores contemporâneos, dentre eles Theodor W. Adorno e Iris Marion Young, mostram-se suspeitos em considerar a comunidade enquanto uma unidade ética no sentido que podemos encontrar no pensamento hegeliano, Cf. CORNELL, 1992, p. 39-40.

33 BUTLER; SPIVAK, 2007, p. 3-4.

34 Cf. *Ibid.*, p. 4 e pp. 15-16.

35 Cf. *Ibid.*, pp. 8-9.

A importância do poder na constituição das subjetividades reside na resistência que elas opõem à sua própria dinâmica: a formação da subjetividade necessita dos atos de resistência. Uma injúria dá ao ofendido a possibilidade de problematizar o discurso ofensivo, ressaltando a fragilidade e a contingência das asserções aí feitas³⁶. O discurso machista ou homofóbico, por exemplo, apresenta possibilidades para que o ofendido fortaleça e construa a sua subjetividade ao resistir às descrições e aos predicados que lhe são atribuídos: os preconceitos velados no cotidiano se revelam dentro de um discurso que, para satisfazer a sua pretensão injuriosa de rebaixar e excluir determinadas formas de subjetividade, precisa adquirir um aspecto rigoroso e natural. Faz-se possível uma resposta uma vez que a exigência da ofensa em atribuir ao ofendido um nome o torna sujeito no momento em que ocorre esse chamado.

Assim, ser chamado não consiste apenas em ser reconhecido por algo que já se é, mas em receber um termo pelo qual o reconhecimento da própria existência se torna possível. A existência se torna possível a partir da fundamental dependência no chamado do Outro. Não se existe apenas porque se é reconhecido mas, em um sentido anterior, porque se é reconhecível³⁷.

Injúrias expõem a fragilidade da identidade do autor da injúria perante a ameaça da diferença expressada pelo outro: a violência verbal infligida contra os párias revela precisamente aquilo que ameaça a existência do injuriante³⁸. Vimos com Drucilla Cornell a resistência dos casais heterossexuais frente aos direitos dos homossexuais de formarem uma família, destacando a não interferência desse exercício no direito dos casais heterossexuais.

Seguindo a posição de Butler, no entanto, podemos observar que essa resistência pode se referir mais às condições de existência de formas específicas de subjetividade do que a uma concorrência de direitos. Em outras palavras, os heterossexuais podem vislumbrar na obstrução do exercício dos direitos dos homossexuais uma confirmação dos valores e preceitos que subvertem as bases tradicionais em que se encontram apoiadas as suas

36 O estudo mais aprofundado dos atos de fala injuriosos e dos discursos de ódio (*Hate Speech*) até então realizado pela autora está em seu livro *Excitable Speech – A Politics of the Performative*. Acerca da constituição do sujeito através dos atos de fala injuriosos, Cf. BUTLER, 1997b, p. 2 e ss; p. 78 e ss.

37 *Ibid.*, p. 5.

38 Cf. BUTLER, 1997b, p. 5.

próprias subjetividades: a ideia de família e de casamento necessitaria ser redefinida para que venha abranger outras formas. Ainda assim, a constituição de um discurso que sublinhe a heterossexualidade, situando-a em primeiro relevo, só faz sentido perante um exterior que lhe apresente oposição, um suposto “inimigo”.

A naturalização do patriarcalismo, por exemplo, com a conseqüente legitimação de uma divisão desigual de papéis sociais e oportunidades profissionais entre homens e mulheres, pode ser remetida ao horizonte cultural em que ela se baseia através da resistência do sujeito injuriado. Sublinhar as bases culturais de um discurso pretensamente natural pode dar margem a possibilidades diversas de contestação e transformação.

É de grande pertinência destacar que, na obra da autora, os atos de fala injuriosos constituem apenas uma expressão em que alguém, resistindo às relações de poder circundantes, constitui-se em sujeito. O importante não é a injúria em si, mas a possibilidade de resistência no processo de interpelação em que um “alguém” se torna sujeito³⁹.

A pergunta que norteia as reflexões de Butler acerca da vida viável, portanto, remete às possibilidades de resistência que cada um dispõe ao se constituir e ser constituído como sujeito. Aproxima-se de Foucault ao relacionar o poder não como um elemento que limita e suprime a autonomia, mas como condição de sua existência⁴⁰. É seguindo esse fio condutor que são apresentadas e examinadas as múltiplas temáticas de constituição do sujeito, gênero, violência linguística, soberania estatal e violência. Ainda que cada tema verse sobre questões distintas, todos eles passam pelo conceito de poder.

Gênero e soberania estatal se entrelaçam na medida em que leis e políticas administrativas, para mencionar apenas duas manifestações daquela espécie de soberania, organizam normativamente corpos sexualizados no espaço de sua jurisdição. Um bom exemplo em que as leis constroem uma desigualdade em torno da diferença sexual é fornecido por Patrick Hanafin: no ano de 1968, nos diz o autor, a corte constitucional italiana declarou a lei sobre adultério, produto ainda do período fascista, inconstitucional⁴¹.

39 A ideia de interpelação é claramente extraída da obra de Louis Althusser. A constituição do sujeito é fruto de uma interpelação individual operada por ideologias inscritas nas relações sociais. Não existiria assim um sujeito não-ideológico. Cf. ALTHUSSER, 2014; BUTLER, 1997a, p. 106 e ss; PÉCHEUX, 1997, p. 159 e ss.

40 Cf. BUTLER, 1997a, p. 2.

41 Cf. HANAFIN, 2009, p. 228.

A lei punia de maneira desigual o adultério cometido por mulher e homem: enquanto a primeira era reprimida com a privação de sua liberdade, o mesmo ato quando cometido pelos segundo era normalmente tolerável, salvo raras e bem específicas exceções⁴². A base legal fora a incompatibilidade com a concepção de igualdade presente no artigo 3º da mesma Constituição. Essa tensão, que claramente se desdobra no texto, revela o choque de dois anseios contraditórios: o de uma socialista pluralista e tolerante, e os resquícios de uma visão tradicionalista acerca da composição familiar e dos papéis femininos⁴³.

A incompatibilidade entre a orientação jurídica, no plano normativo, e as transformações socioculturais, no plano que os juristas concebem como “realidade fática”, introduz a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade a partir de um resgate hermenêutico dos valores imanentes às instituições políticas contemporâneas. Em uma sociedade que se auto-compreende como tolerante, pluralista e igualitária, sustentar juridicamente uma desigualdade de tratamento que prejudica um segmento politicamente frágil da sociedade não pode ser visto como compatível com os seus preceitos constitucionais mais elementares.

A insistência nesse ponto pode produzir inconvenientes teóricos. Um motivo é o de que o exercício do poder sobre formas específicas de subjetividade é concebido apenas como externo a cada uma delas: a opção do legislador em punir desigualmente pessoas de gênero diferentes que realizam a mesma conduta⁴⁴.

Desse modo, limita-se a violência ao poder soberano ao mesmo tempo em que ela é circunscrita aos domínios da lei. No exemplo trazido por Hanafin, foram as transformações sociais que impulsionaram a declaração de inconstitucionalidade da lei, tendo como respaldo jurídico uma leitura contemporânea de um artigo da Constituição. A relação do poder sobre a subjetividade, portanto, acaba sendo externa, localizável e situada nos limites do direito, o que reflete a identificação do poder com a soberania.

Entretanto, como Foucault acentuou em *Vigiar e Punir*, o processo de subjetivação, neste caso do prisioneiro, é centralizado no corpo, lugar em

42 Cf. HANAFIN, 2009, p. 228.

43 *Ibid.*, p. 228.

44 Esse ponto é muito bem ressaltado na leitura que Butler faz em torno do processo de subjetivação do prisioneiro na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, Cf. BUTLER, 1997a, p. 84 e ss.

que os procedimentos discursivos de normalização absorvem e organizam a culpa e a transgressão a que remetem o corpo insubmisso⁴⁵. O discurso modela o corpo, mas essa não é uma relação exterior: não se trata de uma forma de submissão em que alguém se subordina a outrem por ser mais forte, legítimo, ou hierarquicamente superior. Pelo contrário, o indivíduo se constrói a partir da identidade de prisioneiro que lhe é imputada. Butler destaca esse ponto da seguinte forma:

Tal sujeição consiste em um tipo de poder que não apenas *atua* em um dado indivíduo como forma de dominação, mas também *ativa* ou forma o sujeito. Deste modo, a sujeição não é nem a simples dominação de um sujeito nem a sua produção, mas designa um certo tipo de restrição *na* produção, uma restrição sem a qual a produção do sujeito deixa de ocorrer, uma restrição por meio da qual a produção ocorre⁴⁶.

Essa relação dialética entre formas de subjetividade e as instituições políticas que as circunscrevem é cética quanto à possibilidade de que a estrutura jurídico-política do Estado democrático de direito possa ser concebida como capaz de proporcionar a emancipação de qualquer segmento da sociedade, aqui, em uma acepção mais voltada para o funcionamento das instituições: as minorias políticas, por exemplo, ficariam livres para se autodesenvolver conforme suas convicções e valores, tendo essa circunstância protegida pelo próprio ordenamento jurídico⁴⁷. Talvez Butler possa concordar com Iris Marion Young quando, escrevendo acerca da opressão estrutural, Young nos diz: “Não podemos eliminar essa opressão estrutural nos livrando dos governantes ou fazendo novas leis, porque as opressões são sistematicamente reproduzidas nas principais instituições econômicas, políticas e culturais”⁴⁸.

Um entrave inicial consiste na relação entre o sujeito de direito abstrato e as condições materiais de realização dos direitos subjetivos por sujeitos de direito particulares. O interesse de Butler pelo direito não contempla

45 Cf. FOUCAULT, 1999, p. 168 e ss.

46 BUTLER, 1997a, pp. 83-84.

47 Ainda assim a ideia de uma sociedade emancipada, que resolva as contradições e os problemas contemporâneos, permanece incompatível com uma reflexão foucaultiana, a qual Butler parece corresponder neste ponto, Cf. RANSOM, 1997, p. 22.

48 Cf. YOUNG, 1990, p. 41

uma defesa do *Rule of Law*. A autora antes prefere ressaltar a complicada dualidade presente no sistema jurídico das democracias liberais: espera-se que o direito seja capaz de assegurar a separação de poderes, sobretudo para impedir o abuso de poder por parte do Estado, mas também que em condições extraordinárias pode-se autorizar a suspensão dos direitos e garantias individuais, o que viabiliza uma intervenção estatal muito mais ampla, possibilitando uma proteção mais forte da ordem social⁴⁹.

Apesar de esse percurso permitir uma reflexão mais acentuada em torno do conceito de exceção, neste trabalho o nosso interesse é mais o de ressaltar a fantasia de limitação do poder político através do jurídico, um dos pilares do *Rule of Law*: ao destacar a detenção indefinida, tornada expressiva através do *Patriot Act*, a autora observa que aqui o direito se converteu em instrumento de política governamental⁵⁰. O foco da soberania é a manutenção e expansão do seu poder através do controle da população: identidades e disposições normativas que as estruturam são mecanismos que desempenham papéis importantes nestas atividades.

Embora mulheres e homossexuais evidentemente não possam ser equiparados a terroristas, ao menos nas democracias liberais, em um passado não tão distante, leis e atos administrativos intervieram diretamente nas condições e possibilidades de autodesenvolvimento de cada um desses segmentos, com isso compondo e construindo suas identidades. Mulheres foram remetidas à manutenção do lar e afastadas do mercado de trabalho, onde poderiam obter recursos suficientes para adquirirem uma maior autonomia no que concerne aos seus projetos de vida particulares. Discussões sobre o aborto ficaram – e ainda permanecem – em segundo plano, e quando ocorrem, transformam o corpo feminino em corpo maternal, e o seu útero em assunto de interesse público⁵¹. Múltiplos questionamentos e espaços de contestação foram trazidos pelo movimento feminista para repensar essas circunstâncias.

49 Embora a ênfase depositada no conceito de soberania vá na contramão da preocupação foucaultiana com a governamentalidade, a incompatibilidade não é tão intensa: a emergência da governamentalidade pode significar o enfraquecimento da soberania na sua acepção tradicional, como um lugar unificado que centraliza e exerce o poder, deixando em aberto possíveis, Cf. BUTLER, 2004, p. 52 e ss.

50 Cf. *Ibid.*, p. 98 e ss; LOIZIDOU, 2007, p. 89.

51 Ver, por exemplo, as implicações jurídicas em torno do *Fetal Protection Act*, Cf. CORNELL, 1998, p. 77 e ss.

As conquistas desse movimento tiveram, e permanecem tendo, repercussões jurídicas significativas, mas é crucial destacar que elas decorreram de uma firme atuação política, não de uma dedução oriunda dos direitos fundamentais, menos ainda de alguma vaga noção de igualdade e dignidade presente nas várias Constituições. O fluxo do movimento une a política e o jurídico: a pressão pela construção de novos dispositivos jurídicos voltados para a consolidação, proteção e ampliação dessas demandas específicas.

A sintomática privação de direitos pela qual passaram os homossexuais reflete menos um quadro de marginalização social e econômica do que a elasticidade característica da comunidade política. A ausência de reconhecimento implicou, por sua vez, a negação de direitos e um afastamento contínuo das mais importantes esferas de decisão política. Aqui a conquista de direitos também não foi originada da consciência tolerante de um legislador capaz de reconhecer a incompatibilidade da marginalização jurídica dos homossexuais com o pluralismo presente nas democracias liberais.

Os que se encontram destituídos pelo poder, nos lembra Iris Marion Young, encontram-se em situações de tamanha precariedade que apenas o poder é exercido sobre eles, mas eles, por sua vez, são incapazes de exercê-lo. Eles possuem pouquíssimas oportunidades para que possam desenvolver-se enquanto profissionais bem requisitados: “o status daqueles que não possuem o poder é melhor descrito negativamente: eles não possuem autoridade, status, e uma percepção do eu que os profissionais possuem”⁵².

O triunfalismo contagiante em torno da eficiência econômica das democracias liberais esbarra na construção simultânea de um aparato estatal que desenha, com precisão e violência, contornos aparentemente estáticos para comunidades cujas relações entre os seus membros são dinâmicas. Mediante atos, proibições e impedimentos, a violência estatal retira ao mesmo tempo em que modela corpos, tornando-os estranhos e regulando-os juridicamente de forma diferenciada e desigual.

Cada demanda jurídica contempla um duplo ato em que o sujeito põe algo perante um outro ao mesmo tempo em que reitera a sua existência, o seu direito de ter direito, frente a esse outro. Direitos estão intimamente entrelaçados à constituição subjetiva do sujeito de direito: as implicações desse ponto para uma reflexão em torno da violência e do direito devem

52 YOUNG, 1990, p. 57.

ser consideradas com cuidado⁵³. Coloquemos esse ponto ao lado de uma assertiva anterior: o direito se converte em instrumento de política governamental no *Rule of Law*.

Existir é compartilhar, é estar desde sempre inscrito em um processo intersubjetivo desdobrado na comunidade: “Outras pessoas, grupos e o direito compõem aspectos de nossa identidade que encorajam ou obstruem nossa abertura radical para o mundo. O ser é sempre ser-com, ser com os outros”⁵⁴. Se as demandas jurídicas são obstruídas tanto pelo não reconhecimento como pela discriminação, dois enunciados acompanham o ato: o primeiro consiste no conteúdo transmitido pelo ato locucionário; o segundo, é implícito e se desdobra paralelamente ao primeiro ato, negando o reconhecimento da demanda do outro.

A obstrução das demandas não gera apenas repercussões sociais e jurídicas, embora essas sejam muitas e relevantes, mas outras que interferem no modo com que o sujeito pensa a si mesmo e os laços que ele constrói com a sua comunidade. Rompidos esses laços, a sua identidade também se desestabiliza:

Negros sul-africanos relataram sentimentos de profunda mágoa ao serem tratados de forma descortês ou então quando a própria igualdade formal era violada pela minoria branca no regime do Apartheid. O menor dos insultos, a mais secundária inconveniência, fazia com que a vítima se sentisse desvalorizada aos olhos do grande outro. Cada negação de direito se tornava uma confirmação mais sólida de que a política não reconhece a identidade da pessoa enquanto um todo, e como resultado qualquer compensação parcial que ali se fazia disponível, a exemplo de uma qualidade de vida muito superior à dos outros países africanos, elas se mostravam inadequadas⁵⁵.

Essa íntima relação entre subjetividade, direito e comunidade torna a resolução de inúmeras demandas de gênero mais complexa do que aparentes soluções legislativas ou mesmo jurídicas. Muitas vezes, o processamento de demandas como essas atua sobre uma parte específica de uma identidade política, desconsiderando todo o resto. Tornar possível o casa-

53 Cf. DOUZINAS, 2000a, p. 320.

54 *Ibid.*, pp. 319-320.

55 *Ibid.*, p. 320.

mento entre pessoas do mesmo sexo e outros benefícios previdenciários, o que não deixa de ser uma vitória política significativa para as minorias, de forma alguma representa uma inclusão social que torna a vida viável na comunidade. Políticas identitárias podem, no fundo, representar uma esperança de que a máquina estatal seja não apenas capaz de conceder os direitos demandados, como uma forma de equiparação entre homossexuais e heterossexuais.

Sob uma perspectiva superficial e decididamente não foucaultiana, o prognóstico soa plausível: múltiplas transformações no ordenamento jurídico seriam capazes de possibilitar aos excluídos e hipossuficientes uma existência digna e equiparada aos demais. Semelhante circunstância estaria apoiada e garantida pelos novos direitos conquistados e demais mudanças legislativas ou mesmo jurisprudenciais.

Judith Butler segue por direção diversa, interessando-se mais pela transgressão enquanto forma de resistência do que pela reflexão acerca da construção de uma ordem jurídica supostamente inclusiva e democrática, cujo ideal implícito permanece sendo o de uma comunidade reconciliada consigo própria, um *ethos* e um *pathos* democrático deliberadamente aceito pela maioria dos seus participantes. Em diálogo com a proposta filosófica de Adorno, a autora nos lembra que a emergência das reflexões morais ocorre no momento em que uma dada concepção de universalidade se torna incapaz de se relacionar com particularidades culturais ou modificar-se em conformidade com uma nova dinâmica cultural: o preceito universal, então, deve-se encontrar aberto a revisões⁵⁶.

Lembra-nos também que, muito embora o “Eu” não seja um efeito das disposições normativas existentes, reitera mais uma vez que ele também não existe sem estas: disposições normativas constituem o conjunto de condições pelo qual o “Eu” pode vir a surgir e a estabelecer uma relação consigo mesmo. Em uma posição que pode ser considerada próxima a que Douzinas estabelece entre direito e subjetividade, a teórica americana escreve:

Quando o “Eu” busca dar um relato de si mesmo, ele pode começar consigo mesmo, mas irá descobrir que este “Eu” já se encontra envolvido em uma temporalidade social que excede as suas próprias capacidades para narração; de fato, quando o “Eu” busca fazer um relato de si mesmo, um relato que

56 Cf. BUTLER, 2005, pp. 7-8.

precisa incluir as condições de sua própria emergência, ele precisa, por uma questão de necessidade, tornar-se um teórico social. A razão para isso é que o “Eu” não tem uma história própria que já não seja também uma história da relação – ou série de relações – com um conjunto de normas⁵⁷.

A relação dialética em que o sujeito se encontra com a norma, como conjunto de disposições que simultaneamente permite e limita a sua existência, precisa ser continuamente negociada. A violência a que somos subordinados marca também a consciência que adquirimos de nossa própria subjetividade e as inadequações que se fazem presentes no espaço social que nos inclui ao mesmo tempo em que também nos transcende.

No contexto do sistema jurídico institucionalizado, no entanto, a violência da normatividade é camuflada através de um impulso retórico conduzido para autolegitimação de sua prática. Como uma máquina evasiva, o direito sempre surpreende os que pretendem criticar o seu fundamento e/ou funcionamento ao trazer para si também a tarefa de filtrar a relevância e solidez do tipo de questionamento que lhe é imposto:

O filósofo desesperadamente tenta confrontar o direito – mas sem resultado – ao apelar para normas de justiça “exteriores” a ele. O direito se encontra no segundo passo. Agora a crítica feminista busca dismantelar a máquina do direito que opera contra ela. Novamente, o direito afasta a crítica de seu mascaramento e neste contexto, um favorecimento (*bias*) heterossexual, como irrelevante. O próprio direito define o que é relevante⁵⁸.

A estratégia de Butler adquire sentido e relevância quando consideramos que não apenas a violência do Estado não pode ser contida pelo direito – e este muitas vezes acaba por lhe dar respaldo –, como também que a emergência do sujeito é indissociável de semelhante circunstância. A negociação constante das normas pelo sujeito, que existe na medida em que resiste, não dá garantias, nem mesmo introduz quaisquer preocupações normativas acerca de qual ordem política seria mais desejável, e como faríamos para chegar lá. É no âmbito dessas negociações constantes que as demandas de gênero podem adquirir, cada vez mais, uma extensão maior e mais firme no tecido social.

57 Cf. BUTLER, 2005, p. 8.

58 CORNELL, 1992, p. 159.

4. Considerações Finais

Este artigo buscou trabalhar algumas implicações específicas das demandas de gênero para o campo jurídico, em especial a constituição da subjetividade e a sua vinculação com as disposições normativas. Mediante uma breve leitura de alguns trabalhos de Costas Douzinas, Drucilla Cornell e Judith Butler, para além de observarmos alguns pontos de contato entre a obra dos três autores, buscamos destacar o papel do poder e da violência no tocante àquela temática.

Demandas de gênero lidam com formas específicas de constituição subjetiva, formas estas que desestabilizam inúmeras pressuposições básicas tradicionalmente encontradas nas mais diversas comunidades. Observamos isso a partir das críticas e problemas trazidos para as políticas de bem-estar social, assim como a dificuldade de se pensar a diferença sexual no contexto jurídico: sempre presumida, cria entraves significativos para mulheres e homossexuais no que concerne ao reconhecimento jurídico de muitas das suas demandas.

Pode-se sustentar que essas questões poderiam ser resolvidas a partir de uma defesa irrestrita dos direitos fundamentais, portanto, retornando ao direito como instância capaz de mediar a autodeterminação individual e as determinações coletivas. Um dos pressupostos para que semelhante posição seja defensável é a existência de uma sólida separação entre o direito e a política. Os autores examinados concordam que a atuação jurídica se entrelaça com um conjunto de preceitos, valores e políticas os quais refletem a visão de mundo e os interesses de determinados segmentos da sociedade, muito embora a todos busquem se estender. A partir das suas reflexões sobre Guantánamo e os eventos norte-americanos posteriores ao 11 de setembro, como o *Patriot Act*, Judith Butler pontuou a impotência do aparato jurídico, sobretudo constitucional, em conter os abusos do poder estatal.

A reprodução desses interesses com frequência constrange e prejudica outros segmentos politicamente frágeis. Utilizamos inúmeros exemplos, que vão desde as rejeições à ideia do casamento entre pessoas do mesmo sexo, as políticas de bem-estar, passando para leis que claramente incitam discriminações com base no gênero, até tocarmos, ainda que brevemente, em alguns pontos dos direitos de reprodução ao contemplarmos o artigo de Patrick Hanafin. Todos esses pontos trazem consideráveis implicações para o exercício da cidadania e os contornos da comunidade.

O Estado Democrático de Direito é uma construção jurídico-política que, ao menos em tese, seria capaz de conciliar ou proporcionar uma redefinição contínua dos limites e formas da comunidade, que ele também – normalmente em suas Constituições – resguarda juridicamente. Entretanto, quando o exercício da cidadania perde o seu sentido porque a especificidade de algumas demandas, como as de gênero, tornam aqueles que as defendem cidadãos de segunda classe e socialmente estigmatizados, resta claro que a mencionada construção precisa ser revista criticamente.

Referências Bibliográficas

- ALTHUSSER, Louis. *On The Reproduction of Capitalism: Ideology and Ideological State Apparatuses*. London: Verso, 2014.
- BUTLER, Judith. *Excitable Speech – A Politics of the Performative*. London and New York: Routledge, 1997b.
- _____. *Giving an Account of Oneself*. New York: Fordham University Press, 2005.
- _____. *Precarious Life - The Powers of Mourning and Violence*. London: Verso, 2004.
- _____. *The Psychic Life of Power – Theories in Subjection*. Stanford, California: Stanford University Press, 1997a.
- BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Who Sings the Nation-State? – Language, Politics, Belonging*. New York and London: Seagull Books, 2007.
- CIXOUS, Helene; CLEMENT, Catherine. *The Newly Born Woman*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986.
- CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom – Feminism, Sex, & Equality*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998.
- _____. *Defending Ideals – War, Democracy, and Political Struggles*. New York and London: Routledge, 2004.
- _____. *The Philosophy of the Limit*. New York and London: Routledge, 1992.
- DOUZINAS, Costas. Human Rights and Postmodern Utopia. *Law and Critique*, Netherlands, v. 11, 2000b, pp. 219-240.
- _____. *The End of Human Rights*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000a.
- FITZPATRICK, Peter. *The Mythology of Modern Law*. London and New York: Routledge, 2002.

- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – O Nascimento das Prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- FRASER, Nancy; BEDFORD, Kate. Social Rights and Gender Justice in the Neoliberal Moment: A conversation about welfare and transnational politics. *Feminist Theory*, v. 9, n. 2, 2008, pp. 225-245.
- GOLDER, Ben; RIDLER, Victoria; WALL, Illan Rúa. Editor's Introduction: 'The Politics of the Border/The Borders of the Political'. *Law and Critique*, Netherlands, v. 20, 2009, pp. 105-111.
- HANAFIN, Patrick. Refusing Disembodiment: Abortion and the Paradox of Reproductive Rights in Contemporary Italy. *Feminist Theory*, v. 10, n. 02, 2009, pp. 227-244.
- LOIZIDOU, Elena. *Judith Butler: Ethics, Law, Politics*. London and New York: Routledge, 2007.
- MORAN, Leslie J. Researching the Irrelevant and the Invisible – Sexual Diversity in the Judiciary. *Feminist Theory*, v. 10, n. 3, 2009, pp. 281-294.
- OKIN, Susan Moller. *Justice, Gender, and the Family*. New York: Basic Books, 1989.
- PÊCHEUX, Michel. *Semântica e Discurso – Para uma Crítica da Afirmação do Óbvio*. 3. ed. Campinas, SP: Unicamp, 1997.
- RANSOM, John S. *Foucault's Discipline – The Politics of Subjectivity*. Durham and London: Duke University Press, 1997.
- REPO, Jemima. Herculine Barbin and the omission of biopolitics from Judith Butler's gender genealogy. *Feminist Theory*, v. 15, n. 01, 2014, pp. 73-88.
- YOUNG, Iris Marin. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- _____. Impartiality and the Civic Public: Some Implications of Feminist Critiques of Moral and Political Theory. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (org.). *Feminism as Critique – On Politics of Gender*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987. pp. 58-76.

Recebido em 6 de junho de 2014

Aprovado em 23 de fevereiro de 2015

Modernizar se conjuga no pretérito: a privação de liberdade de adolescentes no discurso legislativo brasileiro

*"To modernize" is in the past tense: the deprivation of liberty
in the brazilian legislative discourse*

Marília de Nardin Budó*

Faculdade Meridional, Porto Alegre-RS, Brasil.

1. Introdução

Desde a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990, numerosas foram as propostas de sua alteração, em grande parte inseridas na onda punitivista pela qual têm passado as iniciativas legislativas nos últimos vinte anos no Brasil. Além desse fator global, que levou à triplicação do número de adultos presos em apenas dez anos¹, no âmbito do direito da criança e do adolescente persiste um agravante histórico: a sistemática confusão entre punição e proteção herdada do menorismo permite que, em nome do bem de adolescentes, sofram eles medidas mais duras do que adultos quando cometem atos infracionais. Somados esses fatores, mesmo diante de uma legislação protetiva em que a privação da liberdade é subsidiária a outras seis medidas socioeducativas, e é facultativa, as práticas policiais e judiciais garantiram a multiplicação do número de adolescentes encarcerados nos últimos quinze anos².

* Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional (PPGD/IMED), em Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Pensamento político brasileiro pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduada em direito e jornalismo pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: mariliadb@yahoo.com.br; marilia.denardin@imed.edu.br.

1 Somados os presos provisórios, condenados confinados em presídios e prisões domiciliares, o Brasil soma mais de 700 mil presos, o que o coloca em terceiro lugar no ranking mundial, perdendo apenas para Estados Unidos e China. CNJ, 2014.

2 Cf. CNMP, 2013 e BRASIL, 2011.

Nada disso seria possível sem o apoio discursivo incondicional dos meios de comunicação de massa, sobretudo aqueles pertencentes a poderosos grupos econômicos que não se cansam de publicizar, seletivamente, escabrosas histórias envolvendo adolescentes em crimes violentos, atravessados por conotações de classe, raça e gênero. Convive-se, então, com um pensamento hegemônico a respeito dos adolescentes que os distingue entre monstros e vítimas, entre perigosos e em perigo³.

Essa opinião pública vem reforçando o entendimento de que a maioria penal no Brasil é demasiado elevada, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é leniente com “criminosos”, que grande parte dos crimes violentos são praticados por adolescentes e que, portanto, eles deveriam ser tratados como adultos. Essas são algumas das frases recorrentes que têm legitimado a adoção de posturas políticas no Parlamento com elas condizentes: são numerosas as propostas de redução da maioria penal que tramitam hoje no Congresso Nacional. Recentemente, houve a aprovação na Câmara dos Deputados de uma dessas propostas, uma emenda aglutinativa à Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993. Contudo, diante da polêmica envolvendo o tema da maioria, outro tipo de proposta vem sendo adotada: numerosos são os projetos de lei que tramitam no Congresso buscando o aumento do prazo de internação de adolescentes para cinco, seis, oito, dez anos e até prazo indeterminado. No ano de 2015 esse tipo de proposta entrou em cena novamente, como uma alternativa à redução da maioria penal.

Este trabalho tem por objetivo analisar as justificações das propostas da Câmara dos Deputados de aumento do prazo de internação, protocoladas entre 2000 e 2012. O problema de que parte pode ser formulado da seguinte maneira: como os deputados federais brasileiros definem a função da privação de liberdade de adolescentes no Brasil, nos relatórios de comissões e em justificações de projetos de lei que buscam o aumento do período máximo de internação⁴? O método utilizado é o da análise crítica

3 BUDÓ, 2013a.

4 Apesar de se filiar à percepção do direito da criança e do adolescente como ramo do direito independente do direito penal e com forte potencial abolicionista, adota-se neste trabalho um olhar realista sobre a operacionalidade da aplicação do Estatuto nesses 25 anos. Não se pode simplesmente fechar os olhos para o fato de que a medida de internação é vista como pena para grande parte dos operadores do direito, pela mídia e pelo senso comum. É exatamente isso o que se percebe na análise realizada: o punitivismo se soma ao menorismo, para dar origem a argumentos de vários tipos, que pouco ou nada fogem da doutrina da situação irregular, pré-Estatuto.

do discurso, buscando-se, com ela, identificar, em estratégias argumentativas realizadas pelos autores de discursos, indicações sobre as representações sociais por eles compartilhadas, dentro de um movimento científico especificamente interessado na formação de teoria e na análise crítica da reprodução discursiva de abuso de poder⁵. Os estudos realizados neste marco buscam desvendar as desigualdades sociais, em especial, “o papel do discurso na (re)produção e contestação da dominação”⁶.

Apesar de o poder e de a dominação não serem categorias que decorram da Criminologia crítica, marco teórico deste trabalho, é com ela perfeitamente compatível, especialmente no sentido ampliado do criticismo latino-americano⁷. Tal arcabouço teórico parte de dois pressupostos fundamentais: 1) crime e desvio resultam de processos de criminalização, desde a definição da norma até sua atribuição aos indivíduos que a desobedecem⁸; 2) os processos de criminalização não são aleatórios, obedecendo a uma lógica maior dentro das estruturas econômicas de poder na sociedade capitalista, tendo como principal resultado a reprodução social das desigualdades⁹. No processo de criminalização primária, a agência política do sistema penal protagoniza a definição em abstrato dos crimes e das penas, utilizando, em grande medida, nos últimos tempos, essa prerrogativa como forma de se autopromover diante de uma sociedade insegura e amedrontada. Trata-se do chamado populismo penal¹⁰, já bastante estudado nos Estados Unidos e que vem sendo visto claramente na atuação dos políticos brasileiros.

Este artigo se divide em quatro partes. Na primeira, apresenta-se uma contextualização bibliográfica sobre a criança e o adolescente e o sistema de justiça criminal no Brasil. Na segunda, é exposto o método da análise de discurso e o universo das propostas analisadas. Na terceira parte e na quarta parte, apresenta-se os resultados da análise discurso, a partir de quatro categorias.

5 VAN DIJK, 2012.

6 *Id.*, 1993, p. 249.

7 ANDRADE, 2012.

8 BECKER, 1996.

9 BARATTA, 2002.

10 PRATT, 2007.

2. A responsabilização penal de crianças e adolescentes no Brasil: institucionalização e disciplinamento dos pobres

A diferenciação jurídica entre crianças, adolescentes e adultos perante a lei penal não é uma novidade no direito brasileiro. Se até o século XIX o Brasil tinha como característica uma indiferenciação, de modo que a partir dos nove anos as crianças podiam ser criminalmente responsabilizadas, já no início do século XX essa percepção se modifica. Influenciado pelo surgimento das cortes juvenis nos Estados Unidos e na Inglaterra¹¹, também o Brasil inicia uma fase de preocupação com o destino de crianças e adolescentes, compreendidos como indivíduos vulneráveis e passíveis de tutela estatal. Nesse período, “[...] o agir sobre a chamada infância “desvalida” passou a ser compreendido como uma forma de evitar a transformação – dada por garantida – da criança abandonada na criança delinquente”¹².

A lógica envolta nessa diferenciação fez com que, sob o pretexto de tutelar crianças e adolescentes em perigo, fosse possível controlá-los através das instituições de abrigo e internação. A institucionalização de crianças no Brasil, baseada sobretudo na ideia da incapacidade dos pais pertencentes às classes pobres de educarem os próprios filhos, foi uma realidade que marcou gerações, que passavam dos abrigos aos internatos, e de lá às prisões¹³.

As consequências jurídicas do processo de reforma que decorreu dessa nova compreensão a respeito da delinquência juvenil podem ser resumidas, para García Mendez, em dois aspectos fundamentais: o aumento da idade da responsabilidade penal para afastar completamente as crianças do sistema penal dos adultos e a imposição de sanções específicas para as crianças “delinquentes”¹⁴. A especificidade latino-americana na introjeção do projeto reformador, contudo, veio marcada pelo abismo entre teoria e prática, a começar pela possibilidade de cumprimento de medida nos mesmos locais em que os adultos cumpriam pena, ainda que declarada como situação excepcional¹⁵.

11 PLATT, 2009.

12 BUDÓ, 2013a, p. 56.

13 BUDÓ, 2013a.

14 GARCÍA MENDEZ; COSTA, 1994.

15 *Ibid.*, p. 37.

“Ordem e progresso” eram postulados que não combinavam com a desordem provocada pelos imigrantes anarquistas ou com crianças “vadias” a baterem carteiras pelas ruas. Nas estatísticas de criminalização do início do século, tem-se o dado de que, entre 1900 e 1916, as prisões de menores de idade corresponderam a cerca de 47% do total, sendo motivadas, em sua maior parte, por desordens, vadiagem, mendicância e “gatunagem”¹⁶. A visão positivista foi coerente, ao estabelecer no Código Penal de 1890 o antídoto para essas desordens: o desenvolvimento da disciplina através da internação em estabelecimentos industriais. Essa era a pena atribuída àqueles menores de catorze anos e maiores de nove que agissem com discernimento¹⁷, expressão sem conteúdo preestabelecido que acabava por ser o mote de grande parte dos debates judiciais e doutrinários.

Na década de 1920, o “Serviço de Assistência e Protecção à Infancia Abandonada e aos Delinquentes” veio cumprir o papel de dar conta desse novo olhar. Em 1921, por força da Lei nº 4242, a maioria penal passou para catorze anos, devendo os adolescentes entre catorze e dezoito responder a processo especial. Em 1927, com a publicação do Código de Menores, consolidaram-se em um só documento as leis que tratavam sobre a assistência à infância. Esse código, não obstante manifestar um viés educacional, e a intenção de propiciar o bem-estar dos chamados menores, é bastante claro, em seu art. 1º, sobre qual é o seu objeto e o seu fim: “o menor, de um ou outro sexo, *abandonado* ou *delinquente*, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo”¹⁸. O objetivo declarado de *proteger* esses meninos e meninas traía-se, contudo, pela linguagem: enquanto a palavra “protecção” aparece 22 vezes na mencionada lei, a palavra “vigilancia” é encontrada 32 vezes, sendo esta inclusive o foco de um de seus capítulos, ao contrário daquela¹⁹. Sua função real, portanto, era evidentemente o controle²⁰.

16 SANTOS, 1999, pp. 210-230.

17 BRASIL, 1890.

18 BRASIL, 1927.

19 *Ibid.*

20 Os menores de catorze anos eram considerados inimputáveis, não podendo ser processados por crimes. Porém, caso se tratassem de *abandonados*, *pervertidos* ou em risco de o serem, poderia o juiz providenciar sua internação em asilos, casas de educação, escolas de preservação ou confiar sua educação a pessoa idônea. Os jovens maiores de catorze anos e menores de dezoito anos que praticassem crimes eram subme-

Apesar de a lei prever estabelecimentos próprios para menores, eles poderiam ser submetidos à privação de liberdade em prisão comum, porém separados dos adultos. Se o crime fosse considerado grave, o menor seria remetido a estabelecimento para condenados de menor idade, ou prisão comum até que se verificasse sua regeneração, sem ultrapassar a duração máxima legal da pena²¹.

Com o início do governo Vargas, a dimensão assistencialista, mas simultaneamente disciplinadora, controladora e repressora, aprofundou-se. Na dimensão da repressão, um ponto positivo foi a alteração da idade penal para 18 anos com o Código Penal de 1940, mantendo-se ainda uma atenuante para aqueles autores de crimes que tivessem entre 18 e 21 anos²². Essa mudança, porém, precisava de correlatos na questão da assistência. Em 1941 criou-se o Serviço de Assistência do Menor (SAM), com o objetivo de prestar amparo social aos menores desvalidos e delinquentes, centralizando-se a execução de uma política nacional de assistência. Tinha ainda o objetivo de realizar pesquisas sobre as causas do abandono e da delinquência infantil e publicar relatórios a esse respeito²³. Nas pesquisas, normalmente as causas do abandono eram buscadas nos próprios menores, assim como em suas famílias, consideradas desorganizadas²⁴.

A construção social do menor delincente nesse momento histórico pode ser mais bem compreendida pelo Decreto-Lei n.º 6.026 de 1943. Buscando adaptar a situação dos “menores” após a mudança da idade que estabelece a maioridade penal, essa norma surgiu para reger o tratamento conferido aos menores de dezoito anos e maiores de catorze que praticassem atos considerados infração penal. Duas foram as medidas estabelecidas pela lei, de acordo com o pertencimento do menor a uma ou outra

tidos a processo especial, e caso não fossem abandonados ou pervertidos e não precisassem de tratamento mental, eram submetidos à internação em casa de correção por um a cinco anos. Caso fossem abandonados ou pervertidos o prazo de internação era de três a sete anos. Essas mudanças, que passaram a impedir que crianças fossem processadas e julgadas segundo os postulados do sistema adulto, tiveram também o objetivo de aumentar a idade da inimizabilidade de maneira a angariar mais clientes da “proteção” estatal, completamente despojada das garantias formais do processo penal. GARCÍA MENDEZ; COSTA, 1994.

21 BRASIL, 1927.

22 *Ibid.*, 1940.

23 *Ibid.*, 1941.

24 Um exemplo, trazido por Rizzini, é o de testes de QI realizados pela psicóloga do SAM junto a três mil menores internados, concluindo que 81% deles eram subnormais. RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma, 2004. p. 31.

categoria: a de *perigoso* ou a de *não perigoso*. No primeiro caso, era possível ao juiz deixar o menor “com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interna-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão”. No segundo caso, era obrigatória a internação até que fosse declarada a cessação da periculosidade²⁵. A periculosidade era aferida pelo juiz, devendo ele estudar “a personalidade do menor, sobretudo em seu ambiente familiar e social, mandando proceder reservadamente às perícias e inquéritos necessários à individualização do tratamento e da educação”²⁶. Além disso, em casos excepcionais, poderia o juiz mandar internar o menor perigoso em seção especial de estabelecimento destinado a adultos, até cessar a periculosidade²⁷. Percebe-se que, nesse caso, sequer buscava o Estado construir um sentido manifesto à internação que representasse uma possibilidade de regeneração²⁸.

Mas o tratamento hoje conferido à criança e ao adolescente somente pode ser bem compreendido a partir da concepção trazida, em 1964, com a instituição da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), e sistematizada no Código de Menores de 1979. Se o SAM esteve diretamente ligado à questão da defesa nacional no contexto do Estado Novo, a FUNABEM não pode ser isolada do contexto do golpe militar.

O *menor desassistido*, categoria utilizada à época da instituição e desenvolvimento da FUNABEM, era conceituado como “todo menor que, atingido pelo processo de marginalização, se constitui em ‘Menor-Problema Social’”²⁹. Duas categorias do menor desassistido são ressaltadas: o *menor carenciado*, “aquele que, em virtude do não atendimento de suas necessi-

25 BRASIL, 1943.

26 *Ibid.*, 1943.

27 O juiz de menores, ao decidir de plano, sem a necessidade de acusação, ao realizar diligências de ofício e, simultaneamente, ao exercer um papel quase onipotente, era um verdadeiro inquisidor. Esse papel do juiz, que repercutirá em todo o século XX no Brasil, foi gestado nos congressos europeus sobre criança e adolescente do início do século, os quais fundamentaram a necessidade de uma justiça familiar para os menores, na qual a defesa é figura praticamente anulada. PLATT, 2009.

28 Outra questão interessante é a trazida no §3º do artigo 2º: “Completada a maioria sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se-ão os parágrafos 2º e 3º do art. 7 do decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941”. O parágrafo da lei de introdução ao Código penal estabelece que o internado “será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal”. Ainda, o §3º prevê que se observará o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança. BRASIL, 1943.

29 *Ibid.*, 1976, p. 21.

dades básicas e da ausência ou incapacidade dos pais ou responsáveis, se encontra em situação de abandono total ou de fato, ou está sendo vítima de exploração” e o *menor de conduta antissocial*, “aquele que infringe as normas éticas e jurídicas da sociedade”³⁰. Os primeiros artigos do código de menores de 1979 se dedicam a apresentar a finalidade dessa lei: assistência, proteção e vigilância; e o seu objeto: menores até dezoito anos de idade em situação irregular e os menores entre dezoito e vinte e um anos nos casos dispostos em lei.

Se os menores assistidos não fossem disciplinados pelo trabalho e acabassem por praticar uma infração penal, entrava em cena a parte mais polêmica, desde o surgimento do SAM: a internação de menores autores de infração penal. Na decisão sobre a imposição ou não dessa medida, jogava papel essencial o juiz de menores, “um misto de gestor assistencialista com agente de repressão policial”³¹. Dentre os seus poderes estava o de editar portarias, além de atuar diretamente no sistema PNBEM e mesmo na FEBEM, ainda que estes órgãos fossem dos poderes Executivo Federal e Estadual, respectivamente. “O Juiz de Menores também tinha amplos poderes para agir *ex officio*, aplicando a medida de internação independentemente de provocação por outro órgão ou agente, não se observando o ‘princípio da inércia’”³². Como nota García Méndez, na figura do juiz de menores se encontra a realização institucional da ideologia da “compaixão-repressão”³³.

Quanto à previsão legal no Código de Menores sobre a responsabilização dos autores de infrações penais, observa-se que, apesar de a internação ser medida subsidiária às demais, o art. 41 deixa claro que não havia limite máximo de tempo para a aplicação dessa medida, dependendo de que “a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público”³⁴. A verificação sobre a manutenção ou permanência da medida deveria ser realizada periodicamente, com intervalos máximos de dois anos (§2º)³⁵. Ao completar os vin-

30 BRASIL, 1976, p. 21.

31 CUSTÓDIO, 2008. p. 26.

32 LEITE, 2005, p. 12.

33 GARCÍA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 93.

34 BRASIL, 1979.

35 Dois pontos interessantes sobre a medida de internação no código de menores, porque seu retorno é proposto nos projetos de lei analisados nos capítulos 2, 3 e 4, são os parágrafos do artigo 41: “[...] § 2º Na

te e um anos, o adolescente poderia ainda passar para o juízo de execução penal, durando até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgasse cessada a periculosidade.

Não foram poucos os relatos de maus-tratos ligados às FEBEMs nos anos oitenta, de modo que um dos focos da Constituição de 1988 foi a de alterar o sentido do tratamento jurídico destinado à criança e ao adolescente no país. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, em sequência à Constituição e à Convenção Internacional de Direitos da Criança, da ONU, de 1989, teve como principal objetivo romper com a tradicional percepção da criança como objeto de tutela.

Além de a maioridade penal ter permanecido aos 18 anos, o Estatuto previu que, aos adolescentes entre 12 a 18 anos, autores de ato infracional, cabe a aplicação de medidas socioeducativas, que vão desde a advertência até a internação por um período máximo de três anos³⁶. Toda a terminologia se modificou para tratar do que foi, para alguns, uma mudança de paradigma no direito da criança e do adolescente³⁷. Contudo, apesar de a legislação estar inserida no paradigma da proteção integral, e ter em seus pilares a percepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a afirmação da situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, as práticas vêm demonstrando que há, na realidade, um problema de interpretação e, portanto, aplicação, dessas normas. Apesar de a medida de internação ser a mais grave e dever ser aplicada excepcionalmente e brevemente, na prática, a institucionalização de adolescentes permanece, tendo quintuplicado o número de internos nos últimos dezessete anos³⁸. Além disso, convive-se hoje com um problema maior: a tendência ao retrocesso no Congresso

falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade. § 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal". Ibid.

36 Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. BRASIL, 1990.

37 CUSTÓDIO, 2008.

38 Já os dados da Secretaria de Direitos Humanos, do governo federal, indicam que, em 1996, havia cerca de 4.250 adolescentes com restrição e privação de liberdade. BRASIL, 2011. Em 2013, eles já somavam mais de 20.081. CNMP, 2013.

Nacional e na opinião pública fomentada pelos meios de comunicação. É o que se verá nos tópicos seguintes.

3. O ato infracional e a solução salvadora no discurso político

O discurso político possui características que o diferenciam de outros tipos de discurso, como, por exemplo, o discurso midiático ou o discurso científico. Busca-se, com ele, a persuasão do público, de maneira a garantir a aprovação não apenas das propostas inseridas nas palavras, mas também do próprio político que as profere, já em vistas a sua eletividade. A estrutura das justificações dos projetos de lei analisados não foge a esta regra: com as mais diversas estratégias, sobretudo de adoção de uma linguagem emocional, seguem a seguinte lógica, exposta por Chareaudeau:

O discurso político, que procura obter a adesão do público a um projeto ou a uma ação, ou a dissuadi-lo de seguir o projeto adverso, insiste mais particularmente na *desordem social* da qual o cidadão é vítima, na *origem do mal* que se encarna em um adversário ou um inimigo, e na *solução salvadora* encarnada pelo político que sustenta o discurso³⁹.

Apesar de serem caracterizadas pelo uso frequente da retórica, as justificativas costumam possuir linguagem extremamente simples, até mesmo coloquial algumas vezes. A linguagem técnica é pouco usada. Raramente são citadas fontes para as afirmações realizadas pelos autores, as quais, a partir de recursos discursivos acabam soando como verdades inquestionáveis.

Em termos de fontes, mesmo as estatísticas oficiais são pouco mencionadas, aparecendo em apenas quatro dos 67 textos analisados. Pesquisas específicas não aparecem, constando apenas afirmações como “a maioria dos especialistas no tema concorda que...”; “não são poucos os estudiosos que...”; “É sabido, dos meios acadêmicos da sociologia...”⁴⁰; “Segundo especialistas em segurança pública [...]”⁴¹. Por outro lado, textos de doutrinadores do campo jurídico são mais frequentes, apesar de terem aparecido em apenas quatro projetos⁴². Dentre todas as fontes citadas, a imprensa

39 CHARAUDEAU, 2011, p. 91.

40 BRASIL, 2012b

41 PL n.º 347/2011.

42 PL n.º 2.754/2008; PL n.º 2.847/2000; PL n.º 3.503/2012; e PL n.º 7.208/2010.

aparece em primeiro lugar. Isso demonstra que, em grande parte, os projetos não se baseiam em estudos a respeito de sua adequação empírica para alcançar os fins desejados.

A análise do discurso dos deputados aqui exposta tem especificamente o objetivo de tratar sobre a terceira parte desses textos: a solução salvadora indicada pelo parlamentar para lidar com as causas da provocação de situações de desordem social. Estão contidos os argumentos relacionados às representações sociais dos deputados acerca da medida socioeducativa de internação e da internação provisória, em especial sobre suas funções⁴³.

A categoria “solução salvadora” é, em todos os casos, a infracionalização dos adolescentes, especialmente através do aumento do prazo máximo da medida socioeducativa de internação, com nuances diferenciadas conforme a representação social do adolescente compartilhada pelo deputado proponente.

3.1 Discursos sobre a “solução salvadora”

A proposição que resume essa categoria é a seguinte: “É necessário enrijecer o tratamento conferido pelo Estatuto ao adolescente autor de ato infracional”. Em muitos dos projetos analisados, o argumento genérico para justificar a necessidade de recrudescimento do controle estatal sobre os adolescentes através da alteração do Estatuto é o seu caráter anacrônico. Tal percepção parte, primeiramente, da representação do adolescente como um sujeito consciente, que age com discernimento em razão de seu amadurecimento precoce decorrente das mudanças na sociedade. A ideia de atualização aparece claramente no trecho abaixo do PL 179/2007, do deputado Alexandre Santos (PMDB):

O Congresso precisa sensibilizar-se e perceber que o Brasil deve ser enquadrado num modelo de modernidade no que tange à lei penal. É necessário um debate amplo sobre o tipo de futuro que o país quer dar para seus jovens e para a sociedade como um todo. O Estado tem que dispor de instrumentos eficazes para conter essa onda de violência. Sobretudo, é inevitável que discutamos a atualização do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴.

43 BUDÓ, 2013a.

44 PL n.º 179/2007.

O objetivo de atualização vem enfatizado no texto através de uma forma de enunciação delocutiva: não aparecem as vozes dos interlocutores do discurso, de maneira que expressões como “precisa”, “deve”, “é necessário”, “tem que”, “é inevitável” constroem um valor de evidência para o que o deputado está dizendo. Modelo de modernidade é uma expressão sem conteúdo, que pode ser utilizada para justificar qualquer postura política. No caso, o modelo de modernidade apresentado tem em seu âmago o incremento da punição. Esse argumento de elogio da modernidade e de busca por alcançá-la é algo que está na base de um imaginário comumente acessado pelo discurso político⁴⁵.

Além do vocábulo *modernização*, outros termos são utilizados para designar as alterações propostas, como, por exemplo, *aperfeiçoamento* e *correção de falhas*, como no trecho a seguir, do PL 173/2007, de autoria do deputado Onyx Lorenzoni (PFL):

É hora do Poder Legislativo contribuir no sentido de oferecer critérios e definições com maior grau de objetividade, colaborando com o Poder Judiciário na fixação de parâmetros sobre a qualificação dos atos infracionais, bem assim a aplicação de medidas sócio-educativas. Tais propostas têm a finalidade de aperfeiçoar o sistema introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de minimizar ou mesmo erradicar o problema da delinquência juvenil que assola as famílias de bem do país⁴⁶.

O sistema introduzido pelo Estatuto nesse trecho aparece como a causa do problema identificado pelo autor, e entende-se que a sua alteração levará à sua minimização ou erradicação. Ao explicar que a contribuição do Legislativo deve ser dada “com maior grau de objetividade”, o autor usa um comparativo, dando a entender que está falando de outras contribuições que não tiveram essa característica. Como sua proposta é a de alterar o Estatuto aumentando o prazo de internação, refere-se então à sua redação original, corroborando com a ideia da necessidade de seu *aperfeiçoamento*. A evocação da objetividade aparece aí como forma de construir uma figura de racionalidade, fugindo tanto das paixões midiáticas quanto da visão protetiva. O autor essencializa a “delinquência juvenil”, que aparece como

45 CHARAUDEAU, 2011, p. 102.

46 PL n.º 173/2007.

um sintagma cristalizado nesse trecho, reservado ao nível das evidências. As vítimas do problema são identificadas como as “famílias de bem do país”, mais uma essencialização que faz uso do imaginário social maniqueísta, mas que se refere, claramente, a uma distinção entre bandidos e mocinhos que já se transformou em um verdadeiro *slogan* político.

Em outras propostas, as ideias de mudança social e necessidade de o Estatuto acompanhá-la aparecem em termos como atualização, aperfeiçoamento ou inovação. É o caso do PL n.º 3.700/2000:

Uma avaliação do Estatuto da Criança e do Adolescente tendente ao seu aperfeiçoamento, 9 anos após sua sanção, quase um decênio de vigência, evitará a alteração da Constituição, firmará a conquista da prevalência da sócio-educação sobre a penalização pura e simples, oferecerá a almejada segurança à sociedade e melhor protegerá os menores, crianças e adolescentes e apagará a enganosa impressão de impunidade. É a satisfação que se deve à comunidade brasileira⁴⁷.

O aperfeiçoamento – alcançado através do aumento do prazo de internação e da possibilidade de se criar a medida de segurança por tempo indeterminado em hospital de custódia ao adolescente que possua “estado mental patológico” – tem como consequência, como se pode ler no trecho, constituir uma alternativa à redução da maioridade penal, de maneira a privilegiar a socioeducação em detrimento da punição. Seu autor busca, no caso, conciliar dois campos que costumam ser representados em oposição: o da sociedade insegura, que terá restituída a segurança; e o dos *menores, crianças e adolescentes* que serão protegidos.

O eufemismo é uma figura retórica muito comum no discurso político. Aqui, é evidente que a palavra *proteção* aparece como um eufemismo anacrônico, em uma semântica ocultadora das consequências e sofrimentos reais ligados à proposta apresentada, de modo a evidenciar um *second code*: se a justificativa apresenta um primeiro código de proteção, a proposta real não deixa margem a essa interpretação, pois o segundo código é visivelmente punitivo⁴⁸.

47 PL n.º 3.700/2000.

48 Em realidade, todo movimento surgido nos Estados Unidos em prol das cortes juvenis no final do século XIX tem em sua base o movimento dos “*child savers*”, composto por filantropos de classes altas e movido por um discurso essencialmente tutelar, baseado na incapacidade dos pobres e na bondade perante as crianças abandonadas. Diante disso, a ausência de direitos e garantias do devido processo se justificava pela

A argumentação baseada na atualização, modernização, inovação e aperfeiçoamento do Estatuto é a que tem fundamentado a maior parte das propostas punitivas dirigidas a adolescentes no país. Contudo, as mesmas propostas se deparam, em seus conteúdos, com uma realidade inevitável: basta uma curta incursão na história do tratamento conferido a crianças e adolescentes desde o início do século XX para perceber que nenhuma delas é original, e a maior parte delas remonta a períodos autoritários de controle social dos jovens.

A percepção da solução salvadora encarnada nos projetos de aumento do prazo de internação possui, porém, sentidos diferentes conforme o objetivo declarado pelo deputado. Essas representações das funções da medida de internação serão analisadas segundo os seguintes tópicos que buscam resumi-las. Inicialmente, a visão retributiva será apresentada aqui, sob o título: o aumento do prazo de internação tem o intuito de punir gravemente os adolescentes proporcionalmente ao dano causado. As visões preventivas gerais serão vistas no tópico 3, sob os títulos: o aumento do prazo de internação deverá dissuadir os adolescentes de cometerem atos infracionais; o aumento do prazo de internação vai ao encontro do sentimento da sociedade. Por fim, as visões preventivas especiais serão vistas no tópico 4, com os títulos: o aumento do prazo de internação irá garantir a efetiva ressocialização do adolescente; o aumento do prazo de internação deverá manter a sociedade segura enquanto os adolescentes perigosos estiverem privados de liberdade.

Em todos esses tópicos um tipo de argumento é recorrente e será assinalado várias vezes ao longo da análise: o argumento pela força das crenças partilhadas⁴⁹. A visão orgânica da sociedade contribui com a tendência dos políticos de empregarem esse procedimento argumentativo, em prol da defesa social⁵⁰.

própria bondade dos juízes. Daí que essa máscara protetiva que esconde a face punitiva tenha suas raízes nas origens do menorismo, sendo reproduzida nos estereótipos até os dias de hoje. Nos mesmos Estados Unidos das cortes juvenis, Cicourel, em sua obra publicada em 1968, ao isolar os fatores que influenciam as decisões dos juízes perante os jovens, o autor percebe que as características dos adolescentes que costumam explicar o seu comportamento desviante (família desestruturada, uso de drogas etc.) não são exatamente as suas causas, mas os critérios usados pelos atores do sistema de justiça juvenil para selecioná-los. Por outro lado, aqueles jovens não pertencentes aos estereótipos, mesmo tendo praticado delitos, passam por filtros de maneira a não chegar ao sistema. Trata-se do que o autor veio a denominar “*second code*” na ação dos agentes de controle penal. CICOUREL, 1995.

49 CHARAUDEAU, 2011, p. 102.

50 Os princípios da ideologia da defesa social, analisados por Baratta, estão difusos na argumentação po-

3.2 O aumento do prazo de internação tem o intuito de punir gravemente os adolescentes proporcionalmente ao dano causado.

Um dos temas frequentes tratados pelos deputados nas justificativas de propostas infracionalizadoras é o da redução da maioria penal. Duas são as principais posições sustentadas: uma defende a necessidade dessa mudança na Constituição, mas entende a polêmica de que está revestida e então adota a busca pelo aumento do prazo de internação como alternativa política; outra menciona a redução da maioria penal para demonstrar o seu desacerto, mas também apresenta a proposta infracionalizadora como alternativa⁵¹, um meio-termo⁵² entre uma posição mais punitivista e outra mais protetiva. O debate sobre a maioria penal nas Propostas de Emenda Constitucional (PEC) traz a possibilidade de se analisar discursos punitivos e os seus adversários. No debate sobre infracionalização, por outro lado, mesmo aqueles que são contrários à redução da maioria penal e a essa visão punitivista adotam uma atitude infracionalizadora, a partir da leitura de que a privação da liberdade é um bem ao adolescente.

A posição favorável à redução da maioria penal é bastante comum em projetos que igualam a medida socioeducativa à pena, e por isso acabam por adotar uma postura punitiva bastante acentuada. O argumento principal a sustentá-la é a ocorrência de transformações na sociedade, sobretudo no aspecto informacional, nos últimos anos. Os projetos que trazem claramente esse posicionamento são o PL 2628/2003 (Jutahy Júnior – PSDB), PL 4808/2009 (Fernando de Fabinho – DEM), PL 7008/2010 (William Woo – PPS), PL 7208 (William Woo – PPS).

lítica. Daí que a concepção abstrata e a-histórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses prevaleça. Essa ideologia tem um efeito legitimante do controle penal e, sabendo-se que tal controle é exercício de dominação, cabe compreender tais efeitos e questioná-los. BARATTA, 2002, p. 43.

51 A deputada Rita Camata (PSDB) trata sua proposta (PL n.º 7.398/2010) exatamente com essa expressão: “A nosso ver, a proposta representa, além de uma resposta a questionamentos da sociedade sobre o atendimento a adolescentes envolvidos em crimes hediondos, também *uma alternativa concreta* às mais de duas dezenas de Propostas de Emenda à Constituição - PECs que, equivocadamente, propõem como ‘solução’ para o problema da violência no país desconfigurar o art. 228 da Constituição Federal que determina que as pessoas menores de 18 anos de idade estão sujeitas a normas de uma legislação especial, e não ao Código Penal”.

52 Essa leitura aparece no PL n.º 5.037/2001, do deputado Enio Bacci (PDT): “Além disso, trata-se de *um meio termo* entre os que defendem a redução da maioria penal como solução para o grave problema da violência e aqueles que defendem a manutenção do atual sistema e a manutenção do ECA, assim como se apresenta”.

Já os que se posicionam declaradamente contra a redução da maioria penal são mais numerosos e se manifestam no sentido de diferenciar o adolescente do adulto, além de buscar a demonstração de que aquela proposta não possui o condão de cumprir com os objetivos declarados: o controle da “delinquência juvenil”. Nas palavras da deputada Perpétua Almeida (PCdoB), no PL 165/2007: “isto significaria submeter a todos a uma ‘vala comum’”⁵³. O argumento jurídico também aparece para contrapor aquelas iniciativas. O deputado Edson Ezequiel (PMDB), na justificativa do PL 2754/2008, explica a inconstitucionalidade da medida, apesar de todo o texto ser bastante emotivo e defender o aumento da internação para o prazo de até dez anos. Esse argumento se aplica também à violação dos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional, contido, por exemplo, na justificativa do PL 2847/2000, do deputado Darcísio Perondi (PMDB).

O argumento psiquiátrico aparece no PL 3503/2012, do deputado Ronaldo Benedet (PMDB), a demonstrar a necessidade de tratamento dos adolescentes baseado em laudos psiquiátricos, ao invés da mera punição. Aproxima-se aqui a medida de internação à medida de segurança, distanciando-a da pena privativa de liberdade⁵⁴.

Se a maior parte dos projetos possui uma postura preventiva e relativa a respeito das funções da medida de internação, há também aquelas que apresentam uma visão retributiva ou absoluta. Eles são poucos, pois mesmo quando o deputado pretende adotar uma posição punitivista, ele costuma mascarar suas verdadeiras intenções para não se desviar tanto do discurso protetivo. Dentre esses poucos casos está o PL 934/2007, do deputado Ayrton Xerêz (DEM), como se lê no trecho abaixo:

A proposta apresentada, claramente, transcende a função socializadora das medidas de internação do ECA e se firma no aspecto punitivo do adolescente infrator, aos moldes da legislação penal brasileira. O aspecto punitivo prevê a transferência para o sistema penitenciário em ala especial. O sistema penitenciário está voltado para o cumprimento de penas, que apesar de possuírem caráter ressocializador, são diferentes das medidas sócio-educativas”⁵⁵.

53 PL n.º 165/2007.

54 MAGLIO, 2010.

55 PL n.º 934/2007.

Com essa argumentação, o deputado assume que “claramente” a proposta não é ressocializadora, diferenciando as medidas socioeducativas das penas apenas para dizer que opta por essas últimas a serem aplicadas para os adolescentes. O autor ainda segue: “A primeira e fundamental questão que se apresenta é: medidas sócio-educativas de 8 anos servirão para reintegrar o jovem à sociedade? Certamente não. O enfoque da medida não será a reintegração social, mas o aspecto punitivo”⁵⁶.

Novamente nesse trecho o autor compara um aspecto punitivo, por ele defendido, com outro de reintegração social, o qual é afastado peremptoriamente através do advérbio junto à negação: “certamente não”. Afora esse projeto, outros tratam a mera punição como função da medida de internação, mas de maneira secundária: “Por outro lado, as internações também sinalizam uma melhor aplicação da ferramenta de punição para responsabilizar aqueles que cometeram atos infracionais considerados”⁵⁷.

De todo modo, se o discurso exclusivamente retributivo é bastante comum nas PECs que buscam a redução da maioria penal, nas propostas infracionalizadoras ele é infrequente. Isso não significa que a instrumentalização de outras funções à medida de internação, embora preventivas, não lancem mão de discursos punitivos muito semelhantes, como se verá adiante.

4. A impunidade dos adolescentes e o sentimento da sociedade: os discursos justificadores preventivos gerais

O argumento da impunidade, em razão do limite máximo de internação em três anos, costuma ser o alvo das propostas que têm na sua base a dissuasão. Ele também termina por fundamentar, indiretamente, aquelas que buscam alcançar a reafirmação da validade da norma perante a sociedade. Neste tópico serão analisadas as funções preventivas destacadas pelos deputados em seus discursos, inicialmente analisando a função de dissuasão (4.1), para em seguida expor a função de integração (4.2).

56 PL n.º 934/2007.

57 PL n.º 346/2011.

4.1 O aumento do prazo de internação deverá dissuadir os adolescentes de cometerem atos infracionais

Da análise da argumentação dos deputados que propuseram alterações no Estatuto sobre a medida socioeducativa de internação depreende-se a compreensão partilhada por alguns deles de que tal medida é sanção. Em razão disso, não é estranho que muitos projetos tragam em suas justificativas a percepção de que o aumento da gravidade da sanção em abstrato no Estatuto teria como consequência uma mudança no comportamento dos potenciais infratores. Assim, a duração em abstrato da medida de internação seria aquela suficientemente intimidante para uma pessoa que realiza o cálculo custo-benefício antes de praticar o delito.

O primeiro exemplo de trecho enquadrado nessa categoria é o do PL 109/2007, da deputada Solange Amaral (PFL):

A iniciativa investe no sentido de submeter menores e adolescentes infratores que cometem atos infracionais gravíssimos a um tratamento mais rigoroso. Medida que se faz absolutamente necessária e urgente, inclusive para desestimular crianças e adolescentes de enveredarem pelo caminho do crime, em função de o Estatuto da Criança e do Adolescente beneficiá-los quando do cometimento de homicídios qualificados e até mesmo de crimes hediondos⁵⁸.

O projeto em questão traz várias características que tornam essa função da medida com ele coerente. A ideia de que uma das causas da suposta “onda de criminalidade juvenil” é a benevolência do Estatuto tem como consequência lógica a ideia de que acabar com essa característica implicará na redução da violência. No trecho, o que caracteriza a adoção dessa postura é o verbo *desestimular*. Isso demonstra que não se trata de uma medida tendente a agir sobre o adolescente que foi infracionalizado, mas sim sobre aqueles que ainda não o fizeram. Ele parte do pressuposto de que o Estatuto, tal como se configura atualmente, não apenas não pune como *beneficia* os adolescentes quando eles cometem atos análogos a homicídios e outros crimes hediondos.

O trecho do PL 4808/2009, do deputado Fernando de Fabinho (DEM), busca explicar o mecanismo de funcionamento da dissuasão: “Essas medi-

58 PL n.º 109/2007.

das, de maior rigor, certamente terão um efeito psicológico muito forte na mente do menor infrator, arrefecendo o ânimo para a prática do crime”⁵⁹. Tratar-se-ia de um efeito psicológico que provoca um freio no comportamento infrator, prevenindo que os jovens ingressem no crime. Simultaneamente, o deputado explicita a função de *defesa social*⁶⁰ contrapondo-a ao *menor infrator*.

No trecho a seguir, do parecer com substitutivo da CSPCCO ao PL 2847/2000, o verbo *inibir* é dirigido tanto aos adolescentes quanto aos adultos que os cooptam, segundo a percepção do deputado Carlos Sampaio (PSDB):

*Buscamos, ainda, através de nosso substitutivo, inibir a prática corriqueira, através da qual adultos utilizam-se de adolescentes para a prática de crimes, sob a alegação de que os atos por ele praticados, ao atingirem a maioridade, não serão considerados para fins de antecedentes. Para se evitar a continuidade dessa prática, que nada mais representa do que uma “escola primária” do crime para esses adolescentes, propomos que, a partir dos 16 (dezesesseis) anos, todo ato infracional praticado por adolescentes possa ser considerado como antecedente, para fins de fixação da pena base. Acreditamos que, como consequência, o adolescente será desestimulado a participar de atividades criminais*⁶¹.

O PL parte do pressuposto de que os adultos se preocupam com o destino dos adolescentes, quando os recrutam para a prática de crimes, pelo fato de que seus atos não constituirão como antecedentes. Em termos enunciativos, o deputado utiliza a primeira pessoa do plural, causando a impressão de estar agindo coletivamente, em solidariedade à população. Porém, no último verbo utilizado, o autor demonstra sua insegurança e a ausência de base empírica para o argumento da dissuasão: ele apenas “acredita” na sua eficácia.

59 PL n.º 4.808/2009. Grifou-se.

60 Mesmo sendo bastante distintas entre si, todas as teorias da pena têm em comum o fato de serem variantes da função geral de defesa social, e dessa maneira legitimam a exclusão da vítima do modelo punitivo. Para Zaffaroni, Batista *et. al.*, a sociedade é entendida de maneira organicista ou contratualista quando o modelo trata de debilitar o estado de direito, ou de maneira não-organicista nas versões legitimantes de um poder punitivo o mais legitimado, no qual se fala de segurança jurídica em lugar de sociedade. ZAFFARONI *et al.* 2003, p. 115.

61 BRASIL, 2007.

Esse raciocínio aparece também no PL 157/2007, do deputado Onyx Lorenzoni (PFL), que acrescenta a participação em quadrilha ou bando ou em atividades do crime organizado como situação a ensejar a medida de internação: “O agravamento das penalidades, ora proposto, *embora insuficiente, pode desestimular, pelo menos*, a cooptação de menores por essas quadrilhas, o que já representará um passo importante na luta diária dos cidadãos de bem contra o *crime organizado*”⁶². Nesse trecho, o deputado denuncia sua ignorância a respeito dos reais efeitos do aumento do prazo de internação, o que fica evidenciado em termos como: “embora insuficiente” – reconhece diretamente a insuficiência da medida proposta –; “pode desestimular” – não significa que efetivamente desestimele; “pelo menos” – significa que o deputado se contenta com a mera possibilidade de que o mínimo aconteça, e nem esse mínimo é certo –; e “o que já representará um passo importante” – um resultado condicionado a que todas as incertezas anteriormente expostas se transformem em certezas.

O PL n.º 1.895/2011, do deputado Alexandre Leite (DEM), também traz um trecho relacionado ao envolvimento de adolescentes com o crime organizado, apesar de não o definir, combinando as funções da medida de internação entre retribuição proporcional, dissuasão e, ainda, de reeducação:

A sociedade não pode reagir da mesma forma que os criminosos, pois *não somos bárbaros*. A época da barbárie, da escravidão, da violência indiscriminada contra o homem foi substituída pelo humanismo. O século XX conquistou o respeito à dignidade humana. A nova etapa e o desafio é o real respeito a este estado alcançado. Não podemos correr o risco de indicar soluções bárbaras. Sem cair na barbárie e na emoção do momento social, o país necessita de uma reforma na legislação penal e processual penal. Entretanto, a falta de diferença, para o adolescente, entre matar uma pessoa e matar dez pessoas, praticar o ato infracional correspondente a um latrocínio ou a dez latrocínios, favorece a percepção do “pode tudo”, de maneira nefasta. O comportamento correto e adequado deve ser sempre premiado; o comportamento inadequado e grave não deve ser aceito pela sociedade, e deve-se contribuir para incutir, no adolescente, a idéia de que o respeito às normas é salutar e que tais comportamentos não devem ser repetidos. O adolescente, assim, procurará evitar tais comportamentos e, se não o fizer, será afastado do convívio social para ser reeducado⁶³.

62 PL n.º 157/2007.

63 PL n.º 1.895/2011.

Todo o texto busca confrontar os valores da racionalidade e do humanismo com os da emoção e da barbárie, de maneira a fazer sobressair aqueles em detrimento destes. O objetivo seria, primeiramente, o de dissuadir o adolescente autor de ato infracional. Caso isso não ocorra, o objetivo muda e passa a ser o de reeducá-lo. Sua proposta traz a possibilidade de que o jovem permaneça internado até os 28 anos, recrudescendo sobremaneira a previsão legal original. O autor se refere à necessidade de dissuasão a partir da representação que estaria sendo compartilhada pelos adolescentes de que “pode-tudo”, uma expressão coloquial frequentemente utilizada no senso comum.

Como já visto, o discurso da defesa social está presente em todas as justificativas das propostas. Contudo, há alguns em que as metáforas coletivas se sobressaem, a ponto de identificar os adolescentes que seriam o alvo das medidas propostas como seus verdadeiros inimigos. Para tanto, a percepção da sociedade como um todo orgânico é fundamental, o que se revela a partir de diversas estratégias argumentativas. É o que se trata a seguir.

4.2 O aumento do prazo de internação vai ao encontro do sentimento da sociedade

As metáforas coletivas acima mencionadas são frequentes quando os deputados se propõem a justificar o aumento do prazo máximo da medida de internação a partir do clamor público. Visualiza-se, assim, os efeitos do que seria uma punição na percepção social dos não delinquentes a respeito da validade da norma, ou seja, à “sociedade de bem” – para utilizar a linguagem dos projetos analisados.

A reação da sociedade perante a situação de desordem social detectada pelos deputados costuma ser o foco das justificativas dos projetos de lei enquadrados nessa categoria. Trata-se de argumentações que portam um sentido de desaprovação social da violação da norma sem uma respectiva reação do Estado a transferir-lhe a sensação de segurança e de devido cumprimento da lei.

No trecho do PL n.º 5.037/2001, do deputado Enio Bacci (PDT), é visível a tentativa de tratar a sociedade de uma maneira consensual e a necessidade da punição mais gravosa em decorrência da percepção social da impunidade: “A sociedade brasileira não suporta mais assistir menores que tiram vidas humanas injustificadamente e retornam ao seu convívio,

com liberdade completa, como uma espécie de prêmio pela maioria⁶⁴. Observe-se que a sociedade é o sujeito da oração, escrita na ordem direta, com verbo transitivo e na voz ativa, buscando efetivamente deixar clara a responsabilidade dela pelo “não suportar”, e, ao mesmo tempo, fazendo com que o narrador esteja à parte do discurso, meramente descrevendo uma situação externa. Trata-se de uma maneira de legitimar o argumento através da instrumentalização de um imaginário democrático, onde o Legislativo deve servir à sociedade, em especial aos cidadãos.

O PL n.º 120/2007, do deputado Neilton Mulim (PR), caminha na mesma direção, buscando uma fórmula para conciliar o punitivismo e a benevolência. A solução salvadora encontrada para tanto foi a eliminação do prazo máximo de internação:

Assim, não adianta colocarmos de um lado aqueles que querem até a pena de morte para os menores e de outro aqueles que desejam deixar a situação como se encontra. Ambas as posições discrepam do sentimento da nossa sociedade. Não podemos mais assistir esse quadro sem adotar uma medida segunda (sic) a nossa realidade e assimilar o que ocorre no mundo moderno, criando uma situação jurídica que permita a aplicação de uma medida justa, sem nenhum cunho policialesco, mas protegendo o nosso povo, sem deixar a violência ser absorvida pela própria sociedade. Dessa maneira, propomos a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente criando uma Comissão da Infância e Juventude composta de profissionais da área da saúde que, de maneira científica, elaborarão um laudo que será requisito para o juiz estabelecer a medida a ser aplicada ao adolescente. Outra medida apresentada é o fim do prazo máximo de internação, que será de competência do juiz de acordo com o tipo de ato praticado. Juntamente com isso, estamos também determinando a separação do maior de idade do menor. Temos a certeza que essa proposição espelha o sentimento da sociedade e que essa Casa de Leis irá aperfeiçoá-la na sua tramitação⁶⁵.

Ao excluir o prazo máximo de internação, confere ao juiz o poder de identificar caso a caso qual será o prazo adequado de intervenção para garantir o equilíbrio social, possível apenas através da crença social na validade da norma. Ainda, confere cientificidade a essa decisão, na medida

64 PL n.º 5.037/2001.

65 PL n.º 120/2007.

em que convoca técnicos para comporem a Comissão, fazendo uso de uma estratégia oriunda da criminologia positivista através da qual se passa a exercer poder não sobre os fatos, mas sobre os indivíduos⁶⁶.

No trecho, o sintagma “sentimento da sociedade” aparece duas vezes a corroborar o entendimento de que o legislador deve produzir a norma com base no que ele entende corresponder a tal sentimento. A solidariedade para com esse sentimento fica evidenciada no uso da primeira pessoa do plural, de maneira que o enunciador se soma àqueles para quem está se dirigindo nos anseios e desejos. Também é usado o termo “o nosso povo”, bastante significativo no contexto por, uma vez mais, excluir dessa coletividade o adolescente. Para finalizar, o autor apresenta com clareza o objetivo exclusivo de “espelhar o sentimento da sociedade”, enfatizando a sua efetividade através da expressão “temos a certeza”.

O trecho abaixo, do PL n.º 102/2007, do deputado Jorge Tadeu Muldalen (PFL), auxilia na compreensão de qual é a fonte de informação para encontrar tanto o sentimento da sociedade quanto os problemas a serem enfrentados:

Todas essas medidas [por ele propostas no projeto] vem (sic) de encontro (sic) ao anseio da sociedade, tendo em vista as terríveis notícias de barbaridades cometidas por adolescentes que se aproveitam da inimputabilidade para cometer crimes. Foi o caso do menino carioca que morreu ao ser arrastado por um carro em assalto por pelo menos quatro quilômetros, para citar notícia mais recente, das inúmeras que tomam conta das capas de jornais de todo o Brasil⁶⁷.

A mídia, como fonte de informação a respeito da situação de desordem social, aparece tanto como espelho da realidade brasileira, como da reação social a essa realidade, em especial nos discursos onde se evidencia a suposta impunidade dos adolescentes. Esse tom sentimental aparece para reafirmar a função simbólica da medida de internação também no PL n.º 4.753/2009:

A medida proposta, portanto, virá aprimorar a legislação em vigor, o que se torna imperioso no momento atual, proporcionando à Justiça as normas

66 FOUCAULT, 2009, p. 23.

67 PL n.º 102/2007.

legais que hoje se apresentam frágeis e inadequadas, ao tempo que contribuirá para eliminar o terror que vem se apoderando da sociedade face à crescente criminalidade envolvendo menores⁶⁸.

Dentre os sentimentos da sociedade levados em consideração pelos deputados, o medo é o mais comum⁶⁹. No trecho acima, ele aparece na palavra “terror”, tendo a solução salvadora a função de eliminar esse sentimento, deixando no vácuo a sua capacidade de fazer frente ao seu objeto: “a crescente criminalidade envolvendo menores”, vista como um dado inquestionável da realidade.

O PL n.º 3.700/2000 traz ainda mais claramente a importância da confiança na norma:

Ninguém desconhece que o Estatuto da Criança e Adolescente, mesmo tendo representado um enorme avanço no desdobramento evolutivo do direito brasileiro, está paulatinamente caindo no descrédito de nossa população, até mesmo de juristas de renome e de pessoas cultas, em razão não só de um processo de generalizada desinformação a respeito, mas também de algumas lacunas e imperfeições⁷⁰.

Ao começar pela expressão “ninguém desconhece”, o autor já busca trazer uma característica de evidência para o descrédito da população, dos juristas e pessoas cultas no Estatuto. Excepciona esse descrédito para afirmar o avanço que a mesma lei teria representado, mas apenas para mitigar um pouco a crítica de que haveria lacunas e imperfeições a serem corrigidas.

Os discursos preventivo-gerais, seja o de dissuasão, seja o de integração, possuem falhas graves percebidas principalmente de seu confronto com a realidade social. Quanto à dissuasão, não há como afirmar a relação direta entre o aumento das punições em abstrato à inibição do comportamento criminoso, pois na construção social do crime interferem numerosos elementos, como, por exemplo, a consciência da (in)vulnerabilidade do indivíduo perante o sistema de controle penal. Mesmo entre os mais vulneráveis, a criminalização secundária depende da habilidade, de manei-

68 PL n.º 4.753/2009.

69 BUDÓ, 2015.

70 PL n.º 3.700/2000.

ra que “estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinqüe”⁷¹. Desse modo,

a ilusão da prevenção geral negativa faz as agências políticas elevarem os patamares máximos e mínimos das escalas penais e as judiciais – atemorizadas ante as agências políticas e as agências de comunicação – imporem penas irracionais a algumas poucas pessoas inábeis, que terminam levando a carga de todo o *mal social*⁷².

A partir daí, percebe-se como consequência o fato de essa teoria permitir a legitimação de penas sempre mais graves, fazendo com que seu destino final, se levado ao limite, seja sempre a pena de morte para todos os delitos, porque se esgota o catálogo de males crescentes. Essa dificuldade de provar a eficácia desse tipo de medida fica claro no próprio discurso dos parlamentares: trata-se dos trechos em que há mais insegurança exposta, em termos linguísticos.

No caso da integração, o seu principal problema está novamente na perda das funções instrumentais: se o aumento do prazo de internação tem o objetivo de simbolicamente garantir que a sociedade não duvide da validade das normas e tenha os seus temores arrefecidos, novamente não há como comprovar empiricamente os efeitos sociais dessas medidas. Trata-se de uma resposta e nada mais, uma ação fundamentalmente simbólica, discursiva, que tratará de ocupar o cenário midiático e auxiliar na legitimação do sistema⁷³. Essa perspectiva tem uma forte base funcionalista, sobretudo em Durkheim, para quem o crime nada tem de patológico⁷⁴, possuindo a função de possibilitar a reafirmação da validade das normas sociais, através da punição⁷⁵. Então, sua verdadeira função estaria na reparação da consciência comum através do castigo do culpado⁷⁶. Assim, as reais funções do castigo são “a) assegurar a coesão social, b) reforçar o sentido da autoridade,

71 ZAFFARONI et al., 2003, p. 117.

72 *Ibid.*, p. 119.

73 BUDÓ, 2012a.

74 DURKHEIM, 2007, p. 83.

75 BARATTA, 2004a.

76 ARON, 2003.

c) contribuir à reprodução moral da sociedade, e d) ser um eficaz meio de disciplinamento social”⁷⁷.

O funcionamento concreto dessa teoria é posto em xeque através das seguintes perguntas: qual é a fonte da decisão a respeito de quais comportamentos violadores da norma geram desconfiança social? Como pode ser determinada a medida da pena de tal modo que se possa atingir a finalidade de estabilização social?⁷⁸ Exigir fidelidade à norma pressupõe a ausência de questionamentos macroestruturais ligados ao direito penal: o fato de as normas na sociedade capitalista serem instrumento de dominação de classe⁷⁹; as características de sociedades patriarcais que usam o direito para subjugar as mulheres; a pluralidade cultural interna às sociedades em seus valores e crenças e a relatividade do direito penal etc.

Muitas dessas propostas foram apresentadas em momentos de clamor social pela punição de adolescentes que, em casos concretos, estavam sendo apontados como responsáveis por crimes graves⁸⁰. Desse modo, não é por acaso que o tom sentimental, a menção direta aos casos e aos meios de comunicação, bem como a busca por acompanhar o clamor social apareça de forma tão impactante no conjunto.

5. Transformar os recuperáveis e incapacitar os irrecuperáveis: ressocialização e neutralização no discurso político

A maior parte das justificativas dos projetos em análise trouxe, sob algum enfoque, a ideia de que a medida socioeducativa de internação tem como objetivo a modificação do adolescente. Isso ocorreu isoladamente ou em conjunto com outras funções, em especial as de prevenção geral. Vários termos foram utilizados para designar essa intervenção no indivíduo, tais como: reeducação, ressocialização, recuperação, reintegração social, re-encaminhamento para a vida social, reinserção na sociedade. Contudo,

77 RIVERA BEIRAS, 2005, p. 45

78 BUDÓ, 2012a.

79 PASUKANIS, 1989.

80 Os dois principais casos ocorridos nesse lapso de tempo foram o caso Luana e Felipe e o caso João Hélio. No primeiro, ocorrido em novembro de 2003, o casal de namorados Luana Friedenbach e Felipe Caffé foram sequestrados e mortos no interior de São Paulo por um grupo de cinco homens e um adolescente. No caso João Hélio, ocorrido em fevereiro de 2007, um menino de seis anos foi morto durante o roubo do carro de sua mãe, arrastado pelo cinto de segurança.

também em várias propostas ficou clara a necessidade de diferenciação social entre recuperáveis e irrecuperáveis. Este tópico analisa inicialmente o discurso da ressocialização (5.1), para, em seguida, expor a análise sobre a neutralização baseada na periculosidade (5.2).

5.1. O aumento do prazo de internação irá garantir a efetiva ressocialização do adolescente

A representação da medida de internação, nessa categoria, é claramente de ressocialização através da privação de liberdade, levando às últimas consequências o paradoxo de se querer incluir através da exclusão⁸¹. Tanto é assim que o argumento mais comum é o que vem carimbado com a expressão “a bondade dos bons”, de que fala García Méndez⁸²: deve-se aumentar o prazo de internação do adolescente para que o Estado tenha mais tempo para educá-lo e garantir um bom retorno à sociedade. É o caso do PL 179/2007, do deputado Alexandre Santos (PMDB):

A medida proposta deve ser entendida como de caráter educativo – e não punitivo. Tendo em vista que a grande maioria desses menores não encontra conforto social e educativo nos ambientes em que vivem, seria de grande valia se o Estado pudesse assumir o compromisso de reencaminhá-los – por meio de um prazo maior – para a vida normal na sociedade⁸³.

No trecho, o termo usado para referir-se ao adolescente é *menor*, e sua representação está evidente: são adolescentes que não encontram “conforto social e educativo nos ambientes em que vivem”. Assim, *menor infrator* é sinônimo de *adolescente pobre*. Evidencia-se aí a relação perversa, mas profundamente consolidada no imaginário social, de que a pobreza gera criminalidade. Os efeitos nefastos dessa fórmula ficam evidentes na ação das agências do sistema penal: busca-se a criminalidade onde se acredita que ela será encontrada.

O aumento do prazo de internação aparece quase como uma caridade oferecida pelo Estado ao adolescente, que é apresentado como uma vítima

81 BARATTA, 2004b.

82 GARCÍA MÉNDEZ, 2007.

83 PL n.º 179/2007.

do sistema, já que não teve acesso à educação e, simultaneamente, como um risco à sociedade, a qual somente poderá aceitá-lo de volta após muitos anos de intervenção estatal retardada no seu encaminhamento à vida normal. Nessa intervenção, não somente a educação aparece como resposta. No PL n.º 3.858/2012, do deputado Toninho Pinheiro (PP) ela está no trabalho subalterno ao qual os jovens pobres estariam destinados. Nesse projeto, a bifurcação entre jovens trabalhadores e jovens “criminosos” está na proposição que constrói políticas de incentivo ao trabalho dos jovens de 14 a 18 anos direcionadas ao público de classe social baixa como uma alternativa ao que literalmente se lê como “[...] o caminho do mal”⁸⁴. O PL n.º 346/2011, do Deputado Hugo Leal (PSC) complementa o discurso.

Dois caminhos são apresentados aos jovens: o do disciplinamento pelo trabalho (o bem) e o do crime (o mal). Para garantir que o primeiro seja o escolhido, entra em ação o trabalho educativo proposto pelo PL 3858/2012. Se, porém, isso não ocorre, entra em ação a punição através da privação da liberdade (um mal) cumulada com a formação profissionalizante dos internados e, portanto, o seu tardio disciplinamento (um bem): é o que propõe o PL 346/2011⁸⁵.

O PL n.º 6.923/2002, do deputado Pompeo de Mattos (PDT), é interessante não apenas pelo estilo léxico adotado para designar os destinatários das medidas socioeducativas, mas também pela sua percepção a respeito dos objetivos da internação:

Em que pese o aumento do elenco das medidas sócio educativas, propiciando que a internação deixasse de ser a mais usada entre as atitudes frente à adolescência ‘problemática’ – que gera problemas ou que sofre os tais problemas persiste o entendimento de que é o jovem infrator quem deve ser modificado e não a sociedade⁸⁶.

Segue, então, expondo sua preocupação em “[...] conciliar o adequado tratamento ao menor, com medidas eficazes de proteção da integridade

84 PL n.º 3.858/2012.

85 BUDÓ, 2012b.

86 PL n.º 6.923/2002.

física e moral dos cidadãos”⁸⁷. O trecho evidencia a oposição entre o *menor* e os *cidadãos*. *Menor* é o *adolescente problemático* – “que gera problemas ou que sofre com tais problemas” – e que não pertence à cidadania. Essa expressão traz à memória a expressão utilizada pela Funabem, na década de 1970, para designar o grupo social com quem essa fundação se preocupava: o “menor-problema social”⁸⁸.

Um dos argumentos mais contundentes a questionar as propostas de aumento do prazo de internação é a sua incoerência com os princípios da brevidade e excepcionalidade, previstos no art. 121 do Estatuto⁸⁹. Diante dessa possível crítica, várias são as posturas adotadas nos projetos. Alguns simplesmente ignoram a contradição, destacando em seus textos esses princípios e ainda assim propondo o aumento do prazo de internação⁹⁰. Em outros, há a mera exclusão desses princípios do *caput* do art. 121 do Estatuto, sem sequer fazer menção a eles na justificativa⁹¹. Há ainda os que os mantêm, mas excepcionam a sua aplicabilidade em alguns casos, como, por exemplo, atos infracionais análogos a crimes hediondos⁹². Por fim, destaca-se aqueles que optam por argumentar no sentido de afastar o que seria uma apenas aparente contradição, pois, sendo a internação um bem, em alguns casos três anos é um período curto para que o adolescente possa receber todo o benefício merecido por parte do Estado⁹³.

O trecho abaixo, do PL n.º 395/2007, do deputado Márcio França (PSB), porta eufemismos semelhantes, mas atribuindo ao Estado a responsabilidade por uma alegada falha cometida perante adolescentes:

Esclareça-se, que o aumento do período máximo de internação é dirigido ao Estado, que já falhou anteriormente na implementação de políticas públicas e em medidas protetivas voltadas à criança e ao adolescente em situação de risco pessoal ou social, para que disponha de mais tempo, quando necessário,

87 PL n.º 6.923/2002.

88 BRASIL, 1976. p. 21.

89 Esses princípios estão previstos também na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (alínea b do art. 37), nas Regras de Beijing (regra 19) e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de liberdade (ponto 2).

90 Exemplos: PL n.º 1.895/2011; PL n.º 2628/2003; PL n.º 2.754/2008.

91 Exemplos: PL n.º 165/2007; PL n.º 7.208/2010; PL n.º 2.588/2003.

92 Exemplos: PL n.º 120/2007; PL n.º 165/2007.

93 Exemplos: PL n.º 7.008/2010; PL n.º 7.398/2010.

para educar e socializar o adolescente infrator apto a absorver os ensinamentos e as regras de conduta para se viver em harmonia na sociedade⁹⁴.

Lê-se no texto que a ampliação do limite da internação é um direito do adolescente do qual o Estado é devedor por ter falhado na prevenção do ato infracional. As categorias “situação de risco” e “vulnerabilidade”⁹⁵, apesar de não serem previstas no Estatuto, que se destinou a todas as crianças e não apenas a algumas, costumam ser instrumentalizadas tais como a “situação irregular” do código de menores, de tal maneira que a relação abandono-infração permanece intacta no imaginário social sobre a criança e o adolescente e o ato infracional. Porém, esse imaginário vem acompanhado de um problema ainda mais delicado: enquanto no código de menores a categoria vinha prevista e conceituada, no Estatuto não há essa previsão, chegando-se ao ponto de, sob a máscara da proteção integral, fazer uso dos conceitos e instrumentos do paradigma menorista, sem qualquer limite⁹⁶.

Nessa passagem fica clara a visão orgânica e equilibrada da sociedade: “para viver em harmonia com a sociedade”. Ao mesmo tempo, traz uma bifurcação implícita: apenas poderão viver em harmonia com a sociedade aqueles que estiverem “aptos para absorver os ensinamentos e as regras de conduta” através do “benefício” da internação prolongada. Ao dizer isso, o autor pressupõe que existem pessoas inaptas para tanto. Essa inaptidão é traduzida como *doença mental grave* em sua proposta, e a consequência de sua detecção – através de uma perícia psiquiátrica obrigatoriamente realizada em todos os adolescentes condenados – é a aplicação de uma medida de segurança por tempo indeterminado, cumprida através de tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia. As características hospitalares do estabelecimento de internação são encaradas pelo deputado como um direito do adolescente *perigoso*. A medida durará enquanto não cessar a periculosidade, sempre atestada por uma junta médica.

Essa não é a única proposta de inclusão de medidas de segurança por tempo indeterminado e cujo término é pautado na cessação da periculosidade: no período analisado, somam-se sete propostas⁹⁷. Trata-se da passagem da tentativa de modificação do indivíduo para a sua incapacitação.

94 PL n.º 395/2007.

95 Para uma análise da aplicação desse conceito no Superior Tribunal de Justiça, cf. BUDÓ, 2013b.

96 TONIAL, 2013.

97 PL n.º 2.847/2000; PL n.º 2.588/2003; PL n.º 395/2007; PL n.º 7.208/2010; PL n.º 347/2011; PL n.º 348/2011; PL n.º 1.052/2011.

5.2. O aumento do prazo de internação deverá manter a sociedade segura enquanto os adolescentes perigosos estiverem privados de liberdade

Neste quinto grupo de representações sobre as funções da medida socioeducativa de internação estão aqueles trechos de justificativas que exibiram a defesa social da maneira mais nua: neles entende-se que ela somente será atingida através da incapacitação do adolescente autor de ato infracional. Essa função também é tratada na esfera individual, e, portanto, visa a intervir no adolescente. Entretanto, seu objetivo não é modificá-lo através da internação, mas apenas prevenir fisicamente um risco. É o caso do trecho do PL 2523/2003, do deputado Moroni Torgan (PFL):

O que pretendemos com a presente proposição não é o aumento do tempo de internação do menor como mera retribuição ou vingança da sociedade. É preciso que se tenha em mente que, para quem mata, três anos (ou menos) de internação não são suficientes para fazer o agente retornar à sociedade sem o risco de cometer novos homicídios ou outros crimes. A medida que propomos é, assim, uma forma de defesa da própria sociedade, que estará mais segura se as pessoas capazes de matar ficarem privadas da liberdade por mais tempo⁹⁸.

Na primeira frase do trecho acima, o autor busca demonstrar a utilidade da internação longa para a sociedade. Na segunda frase, traz uma perspectiva correccional, de modificação do sujeito antes de retorno à sociedade. Porém, logo a seguir, na última frase fica evidente a função de neutralização: a segurança da sociedade depende da privação longa da liberdade dos adolescentes capazes de matar.

Corroborando com essa perspectiva, no trecho do PL n.º 4295/2004, o Pastor Francisco Olímpio (PSB) afirma:

Soltar um menor delinquente envolvido em crimes hediondo (sic) é colocar a sociedade em risco através de um elemento. Para tais pessoas portadora (sic) de psicopatia, reconhecida socialmente, onde precisa de um aprofundamento legístico (sic), precisa-se do desdobramento de um período. Outrossim, acreditamos, ainda que a alteração proposta na Lei supra citada vem ao encontro dos anseios das vítimas, que por força da lei, vêem os seus algozes, soltos na rua⁹⁹.

98 PL n.º 2.523/2003.

99 PL n.º 4.295/2004.

O argumento da eliminação do risco aparece abertamente na primeira frase: por que colocar toda uma sociedade – do bem – em risco através da liberação de um elemento – um *menor delinquente*? A partir do raciocínio realizado, o deputado conclui que o *menor delinquente* possui um transtorno mental e se constitui em um risco. Os anseios das vítimas são invocados para forçar a identificação dos receptores do texto, já que ninguém se identifica com o algoz. Há aqui uma evidente separação entre aqueles para quem as demais funções já são suficientes, e os outros, em quem já não é mais possível depositar qualquer esperança. É o que aparece no PL n.º 7.208/2010, do deputado William Woo (PPS):

Verificamos, portanto, que a prática de atos infracionais graves ou de excepcional gravidade, por um adolescente, revela, na maioria dos casos, um estado de periculosidade fruto de alteração, distorção ou deformação da personalidade ou do caráter, motivadas por inúmeros fatores incidentes sobre determinadas pessoas na sua fase de formação e desenvolvimento. Quanto maior a distorção e a deformação causadas pela influência do processo de deseducação – às vezes muito mais ativo e ponderável que o processo educacional (este não raramente ausente ou deficiente) – tanto maior será a possibilidade de o adolescente vir a ser dotado de elevado grau de periculosidade, principalmente se estiver sujeito a uma condição orgânico – constitucional, ou neuropsíquica, ou sofrer traumas e frustrações agravantes de sua agressividade, mormente quando lhe faltar o senso ético ou a capacidade de inibir desejos e impulsos compatíveis com a deformação e a distorção acima referidas. O fato é que, se de um lado existe possibilidade de corrigir, tratar, reeducar e reformar um grande contingente de jovens infratores, de outro lado a realidade revela que muitos adolescentes atingem um acentuado nível de degeneração de comportamento e são praticamente refratários aos processos terapêuticos e sócio-educativos¹⁰⁰.

Esse trecho elucidava bem a demarcação de dois tipos de adolescentes, junto a dois tipos diferentes de interpretação da medida de internação. Enquanto para uns a prevenção especial positiva é entendida como eficaz, para outros, por vários motivos, não existe a possibilidade de nela apostar. O que distingue uns dos outros é a *periculosidade*. O PL 395/2007, do

100 PL n.º 7.208/2010.

deputado Márcio França (PSB), por exemplo, busca explicar quem são os adolescentes que se inserem no rótulo de perigosos, para quem estariam previstas as medidas de segurança por tempo indeterminado:

De outro lado, estabelecemos a previsão de aplicação de medidas de segurança, direcionadas àqueles adolescentes infratores, considerados como de alta periculosidade, que não dispõem de recursos internos próprios para a assimilação de um processo socializador, tais como os adolescentes com retardo mental de alta periculosidade, os psicóticos que não respondem a medicamentos e, principalmente, os psicopatas portadores de personalidade anti-social, sempre aferidos mediante perícias psiquiátricas e testes projetivos de personalidade¹⁰¹.

Na aplicação atual do Estatuto, a psiquiatrização da Justiça da Infância e da Juventude já é uma realidade, a ponto de os testes psiquiátricos serem solicitados a todo tempo pelos juízes, mesmo quando os adolescentes não apresentam sinais de qualquer doença mental¹⁰². Trata-se de uma generalização da perspectiva patológica sobre o ato infracional e, claro, mais uma característica a aproximar a medida socioeducativa das medidas de segurança. Por outro lado, desconhece o fato de que o atendimento à saúde mental é prerrogativa do Sistema único de Saúde, uma questão, portanto, de política social e não correcional.

O surgimento da prevenção especial positiva como fundamento da privação de liberdade tem a sua base na ideia de que o desviante é alguém que possui algum déficit que precisa ser sanado pela intervenção estatal. A sociedade disciplinar foi o contexto no qual o argumento positivista se desenvolveu e procurou dotar diferentes instituições sociais, como a escola, os hospitais, os manicômios, as prisões, da mesma característica normalizadora¹⁰³. Historicamente, como se viu inicialmente na análise histórica do tratamento jurídico conferido a crianças e adolescentes a partir do século XIX no Brasil, nota-se uma continuidade entre escolas, casas de correção e prisões, junto do argumento sempre presente da bifurcação entre o bem e o mal, onde o bem é a submissão ao trabalho e o mal é o desvio a essa re-

101 PL n.º 395/2007.

102 VICENTIN; GRAMKOW; ROSA, 2010.

103 FOUCAULT, 2009.

gra, mesmo que isso não necessariamente redundasse na prática de crimes. Esse imaginário representa uma excelente forma de exercício de poder dos grupos hegemônicos. Como nota Rauter, “Dar ao desemprego uma conotação patológica, ao trabalho propriedades curativas, caracterizar a miséria como decorrente de características morais (ociosidade, ausência de “hábito de residência”, etc.) são estratégias que permitem estender a ação disciplinar do Estado sobre os setores miseráveis da população”¹⁰⁴.

De uma maneira geral, várias críticas podem ser realizadas às funções “*re*” atribuídas à privação de liberdade. Algumas delas são assinaladas abaixo, com base em Zaffaroni *et. al.*: 1) as ciências sociais comprovaram que a criminalização secundária deteriora a identidade do criminalizado e do prisionado; 2) além de deteriorante, a prisão possui efeito regressivo; 3) as condições das instituições de internação também levam a elevados riscos de morte e a penas corporais, contrárias também a seu ideal de melhoramento individual do interno; 4) por pressupor a pena como um bem, oculta-se a sua natureza dolorosa; 5) isso leva a consequências políticas complicadas: a medida da pena será aquela necessária para realizar a ideologia *re* que for sustentada (ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação); 6) o delito é tido como um sintoma de inferioridade, ou seja, é apenas o que levará o problema ao conhecimento do Estado, a partir daí o que deve ser estudado é o indivíduo, para ser transformado; e 7) com esse discurso o Estado de direito é substituído por um Estado de polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista ou ético-idealista¹⁰⁵.

Hoje a deslegitimação dessas teorias é tão evidente que vêm sendo sustentadas apenas para evitar a transformação dos presídios em campos de concentração. Na esfera da infância e da juventude é nessa categoria que estão incluídos os discursos menoristas mais emblemáticos. A “bondade dos bons” de que fala García Méndez aparece em todos os momentos, de maneira a buscar transformar discursivamente o que é uma privação de direitos em uma maravilhosa panaceia cheia de oportunidades.

No fracasso das funções “*re*” aparece a neutralização. Atribui-se ao indivíduo um mal, em troca de um bem para a sociedade¹⁰⁶. O elemento da periculosidade era o que faltava para completar as semelhanças entre

104 RAUTER, 2003, p. 65.

105 ZAFFARONI *et al.*, 2003.

106 *Ibid.*, p. 126.

as medidas socioeducativas e as medidas de segurança: a terminologia, já utilizada no Judiciário, também no Legislativo é um critério considerado científico. Tal referência à periculosidade é um exemplo do retrocesso incorporado nas medidas propostas: o Decreto-Lei 6026/1943, de Getúlio Vargas trazia a mesma previsão. A obrigatoriedade de realização de laudos psiquiátricos para avaliar todos os adolescentes condenados é uma proposta que vem se reiterando, e vem sendo aplicada em algumas regiões do país¹⁰⁷.

6. Conclusão

A partir de um estudo sobre a maneira como a legislação brasileira historicamente tratou a questão da violação da norma penal por adolescentes, buscou-se neste trabalho compreender de que maneira os legisladores justificam suas propostas atuais de elevação do prazo de internação de adolescentes. Tendo em vista a quantidade de propostas nesse sentido e, também, o fato de ela ser percebida no meio político como uma alternativa mais fácil de ser realizada em relação à redução da maioria penal, trata-se de um tema de fundamental importância na compreensão dos mecanismos da infracionalização primária no Brasil contemporâneo.

Especificamente no que tange às funções das medidas conforme expostas pelos parlamentares, também não são poucas as dificuldades enfrentadas para se manter tais posições racionalmente. Em todas as categorias analisadas prevalece uma visão da sociedade como todo orgânico, o que permite compreender o infrator como um diferente, que até pode não praticar o ato infracional se sentir-se inibido pela possibilidade da internação prolongada, mas que, em todo caso, é um risco ameaçador à coletividade, onde prevalece o bem. A ideia do perigo e a individualização dos conflitos sociais auxilia na compreensão de que, para preservar o coletivo, pode-se aniquilar o indivíduo. Trata-se de uma leitura do crime de base consensualista, que pode ter numerosas consequências, desde a sustentação da

107 Nessa importante questão psiquiátrica, não se pode deixar de visualizar tudo o que Foucault teorizou a respeito das relações entre saber e poder, em especial quanto à produção do delinquente pelo discurso científico do século XIX, e que se reproduz até os dias atuais. Cabe aqui inserir suas palavras: "O laudo psiquiátrico, mas de maneira geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia, encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são". FOUCAULT, 2009, p. 23.

inimizade, que permite a relativização de direitos àqueles considerados inimigos da sociedade, até a legitimação da pena de morte, se realizada a leitura Garofaliana, não distante da argumentação dos deputados¹⁰⁸.

De uma maneira geral, é possível afirmar que as propostas não possuem qualquer fundamento científico a assegurá-las. Todas se baseiam em um suposto aumento da “criminalidade violenta” entre adolescentes, mas nenhuma apresenta sequer um dado a respeito. Muitas até mesmo admitem que o agravamento da medida de internação apenas traz efeitos simbólicos; outras, que a função é mesmo meramente punitiva, novamente sem apresentar fontes a respeito do sistema atual, da condição das instituições de internação. Muitas vezes há a referência a casos concretos e, sobretudo, a notícias de meios de comunicação de massa.

Com base nesses resultados, pode-se reafirmar a dificuldade de compreensão, por um lado, da principiologia da proteção integral e, por outro lado, a total descrença na privação da liberdade, simultaneamente à aposta na sua utilização com cada vez menos limites. Também é clara a representação social do adolescente, nomeado “bandido”, “estuprador”, “ladrão” e “assassino”, de modo a permitir sua demonização e, por consequência, impossibilitar a sua compreensão como ser humano em desenvolvimento. Trata-se do recurso ao mais raso senso comum na elaboração de políticas públicas. Não por acaso, é fácil justificar as mortes provocadas pelo próprio Estado nas periferias: as pessoas mais assassinadas no Brasil são jovens, negras e semianalfabetas, ou seja, as mesmas representadas no discurso como criminosas.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Elbert, Carlos Alberto. *Crimi-*

108 ZAFFARONI, 2007.

- nología y sistema penal: compilación* in memorial. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004a.
- _____. Resocialización o control social: por um concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (orgs.). *Criminología y sistema penal: Compilación* in memorial. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004b.
- BECKER, Howard. *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1996.
- BUDÓ, Marília de Nardin. Sobre bruxas e monstros pueris: do medo ao controle. In: Monica Ovinski de Camargo Cortina e Valter Cimolin. (Org.). *Criminología crítica*. Ied. Curitiba: Multidéia, 2015, v. 2, p. 75-100.
- _____. Crítica à função de prevenção geral positiva da pena na interação entre mídia e sistema penal. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (orgs.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012a. p. 747-776.
- _____. *Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil*. Curitiba, 2013a. 542p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.
- _____. Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. In: *Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi*. Curitiba: Boiteux, 2013b.
- CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2011.
- CICOUREL, Aaron Victor. *The Social Organization of Juvenile Justice*. New Brunswick: Transaction, 1995.
- CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, v. 29, p. 22-43, Santa Cruz do Sul, 2008.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 37ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio; COSTA, Antonio Carlos Gomes. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. In: UNICEF. *Justicia y derechos del niño*, n.º 9. Santiago, Chile, pp. 27-47, 2007.

- LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Juizado da Infância e da Juventude*, Porto Alegre, n. 5, pp. 9-24, mar. 2005.
- MAGLIO, Maria Fernanda dos Santos Elias. *Da medida de segurança e da medida socioeducativa de internação: uma análise comparativa entre as duas formas de privação de liberdade*. São Paulo, 2010. 119p. Dissertação (Mestrado profissional em adolescente em conflito com a lei) – Universidade Bandeirante de São Paulo.
- PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PLATT, Anthony. *The child savers: the invention of delinquency*. London: Rutgers University, 2009.
- PRATT, John. *Penal populism*. New York: Routledge, 2007.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: Percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.
- SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, pp. 210-230, 1999.
- van DIJK, Teun A. Principles of critical discourse analysis. London: *Discourse & Society*, vol. 4(2), pp. 249-283, 1993
- _____. *Discurso e poder*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.
- VICENTIN, Maria Cristina G.; GRAMKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. A patologização do jovem autor de ato infracional e a emergência de "novos" manicômios judiciais. *Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano*, v. 20, n. 1, pp. 61-69, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Documentos e Sites

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Voto em separado ao PL 345/2011. Depu-

tada Keiko Ota. 13 jun. 2012b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001329&filename=Tramitacao-PL+345/2011> Acesso em: 22 out. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Parecer ao PL 2847/2000. Relator Deputado Carlos Sampaio. 05 dez. 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D75A9A6C-6C00FCDB573FECC25E2F6CA0.node2?codteor=529530&filename=Tramitacao-PL+2847/2000> Acesso em: 22 jan. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2847 de 13 de abril de 2000*. Altera o parágrafo único do art. 2º, os §§ 3º e 5º do art. 121, o inciso I do art. 122 e acrescenta o § 2º ao art. 123, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18710>> Acesso em: 26 set. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3700 de 01 de novembro de 2000*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20070>> Acesso em: 24 out. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5037 de 08 de agosto de 2001*. Altera o § 7º, do art. 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31982>> Acesso em: 24 out. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6923 de 11 de junho de 2002*. Altera o parágrafo 1º, do art. 122, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56105>> Acesso em: 22 out. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2523 de 19 de novembro de 2003*. Acrescenta art. à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aumentar o limite máximo da medida de internação do menor que comete ato infracional descrito como homicídio, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=143463>> Acesso em: 26 set. 2012.

- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2588 de 25 de novembro de 2003*. Altera os arts. 103, 108, 121, 122 e 123, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo sobre medidas de repressão aos atos infracionais graves e aos correspondentes aos crimes hediondos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=145145>> Acesso em: 26 set. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2628 de 28 de novembro de 2003*. Altera dispositivos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=146077>> Acesso em: 26 set. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4295 de 21 de outubro de 2004*. Dá nova redação ao artigo 108 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267435>> Acesso em: 10 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 102 de 12 de fevereiro de 2007*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340465>> Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 109 de 12 de fevereiro de 2007*. Altera Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, que "Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340508>> Acesso em : 06 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 120 de 13 de fevereiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em :<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340587>> Acesso em: 08 ago. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 157 de 14 de fevereiro de 2007*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340717>> Acesso em: 08 ago. 2012.

- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 165 de 14 de fevereiro de 2007*. Aumenta para até 10 (dez) anos o tempo de internação e amplia o limite de idade para liberação compulsória do adolescente infrator, aplicando medida sócio-educativa especial em caso de ato infracional descrito como crime hediondo, praticada por adolescente com mais de 16 (dezesesseis) anos; determina o cumprimento da medida de internação em local diferenciado e específico. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340804>> Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 173 de 14 de fevereiro de 2007*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340835>> Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 179 de 14 de fevereiro de 2007*. Altera o art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para ampliar, a critério do juiz, o prazo de internação de adolescente infrator e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340866>> Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 395 de 13 de março de 2007*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - para ampliar o prazo de internação do adolescente infrator, estabelecer a possibilidade de aplicação de medidas de segurança, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=344535>> Acesso em: 24 ago. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 934 de 02 de maio de 2007*. Dispõe sobre o período máximo de aplicação das medidas sócio-educativas de internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=349967>> Acesso em: 26 ago. 2012.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2754 de 12 de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre o tratamento individual adolescente que tenha cometido ato infracional análogo a homicídio doloso e manifeste grave desvio de personalidade. Disponível em: <<http://www.camara.gov>>

br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382903> Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4753 de 2 de março de 2009*. Altera os § 3º e 5º e acrescenta o § 7º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=424571>> Acesso em 11 de ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4808 de 10 de março de 2009*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=425902>> Acesso em: 10 de ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 7208 de 28 de abril de 2010*. Altera os arts. 103, 108, 121, 122 e 123, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, dispendo sobre medidas de repressão aos atos infracionais graves e aos correspondentes aos crimes hediondos. Disponível em :<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=474899>> Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 7398 de 26 de maio de 2010*. Dá nova redação ao § 3º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em :<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478823>> Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 346 de 09 de fevereiro 2011*. Altera dispositivo da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para prever aumento do tempo de internação de adolescente autor de ato infracional grave e conceder-lhe formação técnico-profissional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491706>> Acesso em: 05 ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 347 de 09 de fevereiro de 2011*. Altera dispositivos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para tratar dos casos de aplicação da medida de internação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491707>> Acesso em: 26 set. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 348 de 09 de fevereiro*

de 2011. Cria dispositivos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para dispor sobre antecedentes, tratamento ambulatorial, internação em estabelecimento de tratamento psiquiátrico e responsabilidade do Estado para adequar as entidades de atendimento, públicas ou privadas, às diretrizes e normas deste Estatuto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491708>> Acesso em: 26 set. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 1052 de 13 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - para ampliar o prazo de internação do adolescente infrator, estabelecer a possibilidade de aplicação de medidas de segurança, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498429>> Acesso em: 06 jul. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 1895 de 02 de agosto de 2011*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513426>> Acesso em: 26 set. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3503 de 22 de março de 2012*. Altera dispositivos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=538328>> Acesso em: 07 set. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3858 de 14 de maio de 2012*. Altera o art. 68 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a fim de dispor sobre o trabalho educativo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544492>> Acesso em: 26 jul. 2012.

_____. *Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm> Acesso em: 24 ago. 2012.

_____. *Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em: 24 ago. 2012.

- _____. *Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 30 ago. 2012.
- _____. *Decreto-Lei nº 6.026, de 24 de Novembro de 1943*. Dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6026-24-novembro-1943-416164-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 30 ago. 2012.
- _____. *Decreto-Lei nº 3.799, de 5 de novembro de 1941*. Transforma o Instituto Sete de Setembro em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=87272>> Acesso em: 30 ago. 2012.
- _____. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm> Acesso em: 25 ago. 2012.
- _____. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.
- _____. Ministério da Previdência e Assistência Social. Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. *O “menor-problema social” no Brasil e a ação da FUNABEM*. Rio de Janeiro: MPAS, 1976.
- _____. Secretaria de Direitos Humanos. *Atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei: Levantamento nacional 2011*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- BUDÓ, Marília de Nardin. De vítimas a bandidos: o caráter equívoco do tratamento da infância e da adolescência nos projetos lei propostos na Câmara dos Deputados. *Anais do IV Seminário Nacional Sociologia & Política*. Curitiba: UFPR, 2012b. Disponível em: <http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/anais2012/pdfs/gt15/s3/budo_marilia.pdf> Acesso em: 01 mai. 2013.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/>>

- diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em: 20 abr. 2014.
- TONIAL, Cleber. Situação de risco = Situação irregular: Por uma questão de princípios. *Site da Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/SITUA%C7%C3ODERISCO.HTM> Acesso em: Acesso em: 28 mar. 2013.

Recebido em 4 de maio de 2015

Aprovado em 28 de junho de 2015

O protagonismo judicial e as políticas públicas

The judicial leadership and public policy

Maurício Oliveira Amorim*

Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, Brasil

Monica Teresa Costa Sousa**

Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, Brasil

1. Introdução

A ciência jurídica, a exemplo da totalidade dos ramos do saber humano, não pode se definir por exclusão. Desta feita, antes de se mencionar os limites da atividade judicial no efetivo controle das políticas públicas em uma sociedade democrática regida por uma Constituição fortemente compromissória no âmbito social, o jurista tem inúmeras conceituações positivas a construir.

Primeiramente, é desejável, e mesmo necessário, que se delimite qual o campo político em que se atua. A jurisdição pode ter formas distintas de participação na vida cotidiana, a depender do desenho institucional escolhido. Esta categoria vai muito além de mera classificação, pois em um momento posterior será definitivo para se detectar a omissão ou o ativismo judicial.

No Brasil, a Constituição Federal garante ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário o papel de Poderes Políticos. É certo que a atuação de cada um é diferenciada, mas não se pode pretender subtrair de nenhum deles

* Advogado. Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. Especialista em Direito Constitucional (UNIDERP). Mestrando do Curso de Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR). E-mail: mauricio.o.amorim@gmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito na Universidade Federal do Maranhão (UFMA/PPGDIR) e do Mestrado em Cultura e Sociedade (PGCult). E-mail: mtcostasousa@uol.com.br.

esta característica por correr o risco de afronta à própria organização do Poder Republicano.

A função de cada um dos Poderes é efetivar os objetivos da Carta Política, cada qual ao seu peculiar modo de agir. E um dos fins centrais delineados na Constituição de 1988 é o avanço social por meio das políticas públicas.

Tais políticas podem ser definidas sumariamente como a atuação efetiva do Estado em prol da sociedade civil, por vezes tomando para si ações que poderiam ser desempenhadas por outros entes, ou em outros casos efetuando aquilo que somente o detentor do Poder Público poderia fazer.

São exemplos dessas políticas segurança pública, saúde, educação, infraestrutura, combate à pobreza, etc. A injunção desses objetivos e a repartição entre os entes federados com subdivisões por diversos diplomas normativos já seria por si só um desafio científico considerável, mas a problemática ganha contornos dramáticos quando se considera um elemento essencial: a democracia.

Ou melhor, a democracia representativa. E isto por diversos fatores. A começar pelo respeito inexorável que se deve ter pela vontade popular posto “contra” a defesa que se espera a grupos menos favorecidos, e sempre se considerando a casuística, que não pode ser determinante, tampouco ignorada.

É neste cenário que o aplicador da lei se coloca: o controle judicial jamais poderá ser afastado, seja pela simples percepção de que a atuação judicante é parte integrante da própria concepção política escolhida pelo constituinte originário, seja pelo respeito para com o indivíduo prejudicado pelas escolhas administrativas (e, por vezes, legislativas).

Mas de modo ainda mais grave: em que medida pode um poder interferir no outro, sem que esta atitude represente um desrespeito ao pacto federativo? No caso da intervenção judicial deve-se sempre levar em conta o caráter irrevogável da decisão acobertada pela coisa julgada.

Sempre se deve ter em mente que no melhor e mais amplo conceito de política, não se exerce a cidadania apenas nas urnas, e afastar o acesso à justiça é abominável sob quaisquer perspectivas republicanas.

Deste modo, a justiça e suas funções essenciais não podem se encolher nem exacerbar. E não se deve aceitar a pseudojustificativa do campo político incompatível com suas funções, porque nesta visão de mundo tudo que é caro ao indivíduo e à comunidade deve ser considerado política.

A importância da lei e a elasticidade principiológica que são postas ante o julgador que tem ao fundo garantias inegociáveis são indícios de que concepções fundadas exclusivamente em aspectos morais ou preferências nem sempre respondem de forma satisfatória à realidade, pois a norma não pode se desprender do diploma que lhe outorgou autoridade.

Assim, em vez de respostas fáceis, que apenas empobrecem o debate, como aquelas fundadas em raciocínios que não encontram amparo na lógica, mais recompensador é a tecelagem de uma teoria que não toma as conquistas históricas por incompatíveis. Pois elas não podem ser. No avesso da tirania apenas uma falha científica pode justificar que instituições com idênticos objetivos se colidam de forma a anular suas bases deontológicas.

O intrincado caminho a ser desafiado pelo jurista que se propõe a dirimir de modo prático a celeuma entre jurisdição e macropolítica tem por inescapável a percepção de que qualquer elemento que se subtraia da equação pode reverter todos os esforços civilizatórios no sentido de uma sociedade participativa fundada no Estado de Direito. Não se trata de retórica: o mais perigoso dos sistemas absolutos é também o que mais semelhanças apresenta com a democracia.

2. O fim do estado e a separação dos poderes

Uma questão antecede o estudo da aplicação de políticas públicas no Estado de Direito: a separação dos poderes e sua real função. Fala-se desta forma, pois, fosse o poder público exercido por um único órgão a desempenhar todas as funções estatais, seria descabida a discussão a respeito da intervenção em maior ou menor grau de uma esfera de atuação em outra – ou as políticas seriam boas ou seriam ruins, e ponto. Mas não é assim. E a divisão existente não tem apenas fins didáticos ou organizacionais para o Estado. A tripartição não existe apenas para uma mera comodidade, ou para melhor distribuição de competências. Para muito além, ela é baluarte da legalidade, princípio inaugurador e legitimador do Estado submetido ao império da lei como o conhecemos. Sem tal divisão, não teríamos propriamente uma República, mas outra forma de Estado qualquer. Sem nos aprofundarmos nas matrizes históricas do tema, cabe apontar brevemente que o sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu, dentre outras funções, tinha a finalidade principal de deter os impulsos auto-

ritários do Poder. E esta contenção ocorre não por um órgão externo, mas pelo próprio Poder Estatal.

A exigência de separação entre os diversos poderes, além de servir de garantia de aplicação prática do princípio da legalidade, torna-se uma condição essencial para a defesa da liberdade: se numa mesma pessoa ou num mesmo corpo de magistratura se reúne o poder legislativo e o poder executivo a liberdade estará perdida, o mesmo sucedendo se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do poder executivo. A limitação dos poderes e a própria separação dos poderes surgem como instrumentos tendentes a garantir ou assegurar um objetivo nuclear: a liberdade dos cidadãos¹.

Esta é, portanto, a finalidade precípua da separação: não colocar um Poder em posição inferior aos demais, mas garantir a liberdade calcada no respeito à legalidade. Tem-se, portanto:

Um tal modelo de cooperação entre os vários Poderes do Estado, impedindo que um prevaleça sobre os demais e impondo a necessidade da intervenção de mais de um poder nas decisões [...] um princípio jurídico de paridade entre os Poderes do Estado”².

Não obstante estas considerações, o debate a respeito da legitimidade do controle de um poder sobre outro, e em especial do Judiciário sobre o Executivo sempre acendeu fervorosos debates e gerou descensos doutrinários e mesmo jurisprudenciais. A questão maior não é de índole técnica (sobre como efetuar tal controle), mas de cunho filosófico, já que a representatividade do poder eleito pode parecer maior e mais legítima – porquanto mais próxima do povo – do que daquele advindo de outras formas de investidura, como no caso do Judiciário. Neste sentido:

Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que esse control debe respetar, em cualquier caso, subraya uma de las posiciones de este último debate, com resolución, el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autonómicos o locales) reserva el sistema

1 OTERO, 2011, p. 48.

2 *Ibid.*, 2011, p. 49.

político. Esse respeito es tanto más exigible cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho em que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentam uma legitimación popular, han sido colocados em sus puestos por el voto y com la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, ló que hacen em su nombre³.

Pela forma natural de atuação do Poder Executivo, a ele cabe a concretização do que fora anteriormente fixado pelo Legislativo em sua atividade típica. Ao Judiciário, a solução dos conflitos envolvendo a aplicação da lei, em substituição às partes.

Para uma completa compreensão das políticas públicas de um Estado, e como estas influenciarão o destino social e a vida de seus cidadãos, deve-se primeiramente entender quais os fins do Estado. Antes ainda desta constatação, é de bem ressaltar que “fim” e “função” são conceitos distintos, sendo que aquele revela os motivos que justificam a existência do Estado, e esta os meios perpetrados para se atingir os fins determinados. Podemos aceitar que

o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja o conjunto de todas as condições de vida social que consistam no desenvolvimento integral da personalidade humana e o favoreçam⁴.

Uma primeira constatação já salta aos olhos: salvo raríssimos pontos de consenso universal, não se está a tratar aqui de verdades absolutas, que devam ser implementadas em qualquer lugar e a qualquer tempo. O fim de um Estado pode (e vai) variar de acordo com a civilização em estudo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assinala que existe uma fundamental diferença que qualifica a finalidade do Estado: ele busca o bem comum de um determinado povo, situado em território específico. Acrescenta ainda que esta busca do bem comum envolve “o conjunto de todas as condições

3 ENTERRÍA, 2009, p. 49. Tradução livre: Uma das consequências do debate sobre a revisão judicial da discricionariedade é que esse controle deve respeitar, em qualquer caso, conforme entendimento do último debate, o papel constitucional que o Executivo (ou os administradores locais) tem no sistema político. Esse respeito é muito mais exequível, porque, no Estado democrático e social de direito em que estamos, quem exerce essas funções ostenta uma legitimidade popular, foram colocados em seus cargos pelo voto e com confiança das pessoas para gerir os seus interesses.

4 LIBERATI, 2013, p. 27.

de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Portanto, o desenvolvimento integral da personalidade dessa mesma comunidade é que deve ser o seu objetivo; sendo, portanto o que determina a concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades representadas por cada povo⁵.

Especificamente no caso do Brasil, podemos assumir de forma direta e clara quais os fins do Estado, pois a Constituição de 1998 (de forma inédita) em seu artigo 3º delineou quais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana⁶.

Ora, percebe-se de forma indubitável, que estes fins não são apenas recursos retóricos ou criações doutrinárias. Para afastar qualquer dúvida sobre a sua importância, e a extensão de sua imponência, o legislador constituinte não apenas incluiu os objetivos de forma expressa na Constituição, como os erigiu à categoria de *fundamentais* à República. Em eventuais celeumas que podem ocorrer (e de fato ocorrem), não será necessária uma interpretação inventiva para se demonstrar a sua concretude. E não serão leis infraconstitucionais ou tecnicismos que deverão afastar a incidências de tais objetivos.

Importante ressaltar que estes fins, delineados na Carta, apontam para o mesmo objetivo: a proteção à dignidade da pessoa humana – esta situada em patamar mais elevado, de *fundamento do Estado Democrático de Direito*, conforme se extrai do art. 1º da CRFB/88.

5 DALLARI, 1998, p. 107.

6 SILVA, 2008, p. 106.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a toda existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana⁷.

Cabe neste momento uma breve anotação a respeito do chamado “mínimo existencial”. É que nem toda ação estatal pode ser taxada de indispensável, não obstante a sua importância no plano macro da política econômica e da vida social. Existe aquilo sem o qual todo o mais rui, haja vista a absoluta prioridade de determinados institutos. Neste sentido:

Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele represente uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo [...]. Na CF/88, além de a definição dos direitos sociais estar devidamente feita, a regra do art. 5º, §1º, impõe a aplicação imediata deles, sendo, pois, inexorável encontrar formas para determinar a produção de efeitos, bem como para apurar eventual núcleo essencial⁸.

Na concepção de Luís Roberto Barroso⁹, este mínimo significa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pres-

7 SILVA, 2008, p. 105.

8 SAMPAIO, 2013, pp. 222-223.

9 BARROSO, 2009, p. 179.

suposto da dignidade, para qualquer pessoa. Essa expressão identifica, portanto, um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais como um todo. Mesmo com alguma variação, há um razoável consenso em incluir neste rol uma renda mínima, saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça¹⁰.

Por não ser objeto do presente estudo, não nos aprofundaremos nas várias teorias e críticas a respeito do mínimo existencial, bastando a ressalva de que, se dentre os vários entendimentos a respeito do que ele seja existe algum consenso intangível, é nele que reside a inescapável obrigação do Poder Público mediante suas políticas específicas.

Todas as garantias e princípios supramencionados não passariam de letra morta se não existisse um mecanismo governamental que os pusesse em prática. Esses enunciados somente serão exercidos se o Estado prestar os serviços referentes aos direitos equivalentes, ou seja, se ele lhes der concretude. Tal mecanismo realizador é conhecido pela alcunha de “políticas públicas”. Em uma acepção mais radical, poder-se-ia mesmo dizer que sem as políticas públicas, o Estado nem mesmo existe, pois sua razão de ser está diretamente ligada à implementação dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Segundo Cristiane Derani,

As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas¹¹.

Esta definição sofre algumas críticas por limitar o caráter de política pública àquelas que sejam prolatadas por autoridade pública, não contemplando outros agentes, como detentores de cargos administrativos e burocráticos. Os autores destas observações parecem dar mais importân-

10 SAMPAIO, 2013, p. 225.

11 DERANI, 2002. p. 239.

cia ao objeto material da política pública do que propriamente ao agente. Realmente, no atual contexto político, essa decisão provavelmente é mais acertada, pois nem tudo o que uma determinada autoridade pública faça será política pública, ao passo que outros agentes, mesmo não detentores dessa condição podem efetivamente tomar parte de alguma ação que se revestirá indiscutivelmente deste caráter.

De modo mais abrangente, pode-se entender política pública como um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em determinada área. Neste sentido, a universalidade é compreendida enquanto garantidora de acesso a todos, porém, sem desconsiderar a diversidade e a heterogeneidade da população e suas regiões¹².

Já no que toca à efetivação destas políticas, para que não se perca a objetividade, sobretudo quando se trata de um país continental, como é o caso do Brasil, onde é impossível fixar uma única política pública para todo o território, é fundamental a congruência para com a finalidade intentada:

Não se pode perder de vista o fio condutor que estrutura a gestão das políticas públicas: o interesse público, cujo objetivo visa a, sobretudo, garantir o exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Pode-se dizer, também, que a observância do interesse público implica direcionar, obrigatoriamente, a ação do administrador para a consecução da finalidade dos atos administrativos, sob pena de, não o fazendo, incorrer em desvio de finalidade. Não basta ter ações públicas, para atender aos comandos exarados na lei; é necessário que esses comandos estejam intimamente ligados e subordinados, também – e sobretudo! –, ao princípio do respeito à dignidade humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito¹³.

Se o interesse público – a ser defendido mediante a efetivação dos direitos sociais – é o norte a ser seguido pelos administradores, é certo concluir que, de um lado, interesses privados dos detentores do poder não podem macular a atuação pública, e, de outro, que o âmbito de “liberdade” é totalmente determinado pela lei (expressão da vontade popular). Em ou-

12 LIBERATI, 2013, p. 85.

13 *Ibid.*, p. 112.

tras palavras, quando se fala em atos vinculados e em atos discricionários, não temos a matéria como principal objeto da discussão, mas tão somente o grau de liberdade conferido pelo legislador para que o administrador se movimente exclusivamente em prol de realizar as políticas pré-determinadas. Não existe a opção entre efetivar ou não efetivar as políticas públicas: o arbítrio que se confere é apenas de como se chegará àquele fim.

“Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional”¹⁴.

Neste sentido:

É certo que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Dessa forma, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, ou tantos outros. Afinal, o princípio da supremacia do interesse público é pressuposto lógico do convívio social. [...] A tomada de decisão por agentes governamentais terá o limite espacial dado pela lei, em face da vinculação dos atos administrativos ao comando legal. Em suma, quanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as vinculações da decisão. De certa forma, o administrador público, ao agir discricionariamente, estará cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto¹⁵.

Não se pode olvidar que por vezes a vontade legislativa (ou, ainda mais, constituinte) não apenas determina a execução de determinada política pública, como também ordena qual o seu posicionamento em relação a outras políticas e afazeres públicos. É o que acontece, por exemplo, com o artigo 227 da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, que confere “absoluta prioridade” aos direitos fundamentais

14 WANG, 2008, p. 541.

15 LIBERATI, 2013, p. 114.

de crianças e adolescentes, chegando mesmo a fixar destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e juventude. Ora, se não existem palavras gratuitas na lei,

por absoluta prioridade, entende-se que a área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não deverá asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc¹⁶.

E tal constatação se dá, por que obviamente a vida, a saúde, o lar e a prevenção de doenças são mais importantes que obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder dos governantes ou servir outros interesses de cunho não eminentemente público.

3. A reserva do possível

Existe um ponto comum quando se estuda o controle judicial das políticas públicas, que é a abordagem da Teoria da Reserva do Possível. Vale ressaltar que a forma como o tema é usualmente tratado é errônea: de forma sucinta, o que se afirma é que o Poder Judiciário tem ou não legitimidade atuante na seara política de acordo com a disponibilidade financeira do Estado. Se existe como efetivar as sentenças, a atuação é correta, se não há fundos para tanto, ela não o é. Ocorre que esta linha de raciocínio não faz sentido. A questão da legitimidade independe dos recursos estatais. Quando um julgador afirma que não irá intervir por conta da Teoria da Reserva, em verdade ele já se reconheceu previamente como legitimado para tanto, e somente não o fará por conta de uma impossibilidade fática de ocasião.

É de bem deixar um ponto claro: não é errado tratar da reserva do possível quando se discute o controle judicial de políticas públicas; o que não se deve fazer é a recorrente confusão teórica que busca legitimar a possibilidade ou não de tal controle com base na reserva. Uma questão é posterior à outra, de modo que esta somente é possível após o esgotamento daquela.

Passemos agora à análise deste que é um dos itens mais complexos, controvertidos e importantes quando se estuda os direitos fundamentais e sociais no plano de vista prático: os custos dos direitos e a reserva do possí-

16 LIBERATI, 2013, p. 115

vel. Este aspecto é, mais do que importante, essencial para qualquer análise que se pretenda minimamente realística da efetivação dos direitos sociais. Não se pode jamais deixar de ter em conta que o Estado, para além de uma criação doutrinária, ou de uma ficção filosófica, é uma pessoa jurídica, com praticamente todas as limitações fáticas que qualquer outra no plano real. Tal constatação é importante agora, quando estudamos os direitos sociais “*de per se*” – ainda que atada ao estudo da Administração Pública –, e será mais prioritário ainda quando tocarmos no ponto culminante deste estudo, a limitação e possibilidade de efetivação de direitos pelo poder judiciário.

Um aspecto introdutório desta questão é a razoável premissa de que todos os direitos que dependem de alguma ação estatal, ou seja, aquelas de ação positiva, demandam custos. Não se pode mover a máquina estatal sem que isso envolva a alocação de recursos. Apenas em se afirmar isso, já se pode delinear que a atuação Estatal dependerá de contingências que não estão totalmente ao seu controle, ou seja, a conjuntura econômica. É bem verdade que o Governo tem bem mais poder para influenciar o meio que as demais pessoas (naturais ou jurídicas), mas daí a ter o controle, vai-se uma eternidade praticamente intransponível.

A postura, por parte da Administração Pública, em relação à falta de recursos para concretizar serviços necessários, induz à conduta absenteísta e limitadora do Estado, reforçando a teoria da “reserva do possível”. Ou seja, o estado somente executará as políticas sociais públicas se tiver recursos para tanto. Em outras palavras, “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”¹⁷. A reserva corresponderia, portanto, àquilo que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.

As políticas públicas para efetivação dos direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gastos de recursos públicos. É esse o ponto central do debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Admi-

17 LIBERATI, 2013, p. 118.

nistração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante¹⁸.

Neste diapasão, seria o orçamento público a “ferramenta” da discricionariedade do gestor para definir quais e quando os direitos sociais podem ser efetivados, já que eles, repita-se, demandam custos, e os recursos governamentais são limitados.

Em linhas gerais, a doutrina define a reserva do possível “pela dependência de recursos financeiros disponíveis, querendo dizer, com isso, que os direitos fundamentais sociais dependem da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador”¹⁹. Por esta linha, se o Estado não dispuser dos meios necessários para atender às necessidades do cidadão, este poderia ficar desprotegido e à mercê do arbítrio estatal.

A exigibilidade judicial dos direitos dependentes de recursos fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em razão de suas limitações e disponibilidade econômica, havendo a restrição constante da máxima “*ultra posse nemo obligatur*”, ou seja, não se pode buscar aquilo que não existe. Esse postulado, pois, é imperioso em respeito à lógica.

“Há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais”²⁰. Esta é uma circunstância que, praticamente sem exceções, deve ser observado para que decisões não se reduzam a ilações infundadas.

Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações. Tal dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, configurando uma reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado, o que reclama, salvo melhor juízo, a própria capacidade estatal de prever e planejar os custos das prestações que deve dispor à população, mormente para o cumprimento dos direitos fundamentais. É por isso que, diante de uma comprovada escassez de recursos, o

18 WANG, 2008, p. 540.

19 LIBERATI, 2013, p. 118.

20 *Ibid.*, 2008, p. 540

Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades, que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais²¹.

Desta feita, ao fazer o orçamento público, o Administrador deve prever, na Lei Orçamentária, os recursos financeiros privilegiados e necessários para o desenvolvimento e manutenção das políticas públicas, mesmo em tempos de escassez. Desnecessário pontuar que não se trata de previsão absoluta, mas dentro do que se pode razoavelmente antever.

O aporte financeiro representa fator inafastável da realização das políticas públicas, pois, como já inúmeras vezes aludido acima, sem dinheiro, não se materializa ação pública. Além dos recursos, é necessário que os diversos atores dialoguem entre si, para melhor identificar quais as necessidades prementes daquela população.

A atividade prestacional do Estado, no que tange aos direitos sociais não pode ser executada sem profissionalismo. Aliás, o usuário do serviço público tem o direito de receber a prestação de forma integral e plena. “É assim que o Estado cumpre seus fins e se realiza frente ao cidadão”²².

Ora, de nada adianta haver recursos em abundância, se não se souber como, quando, onde e em benefício de quem utilizar estes recursos. Uma prestação estatal incompleta ou insatisfatória, a depender de quais necessidades se esteja a resguardar, pode equivaler à sua total ausência. Portanto, além de não bastar o ideário, de nada servem recursos mal alocados, ou disponibilizados a destempo. Os direitos sociais fundamentais devem ser efetivados em sua plenitude, sempre que possível, e devem ser resguardados em todos os aspectos sem ressalvas. Isto significa que, mesmo ante a falta de algum aspecto material, a postura governamental garantista não pode ser modificada, sob pena de afronta à lei e à Constituição.

Questão de suma importância é o tratamento dispensando pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dos custos dos direitos e da reserva do possível. Além da óbvia constatação de que cabe à Suprema Corte a última palavra nos temas constitucionais, e de que os tribunais locais muitas vezes utilizam suas decisões como paradigmas a serem seguidos, é salutar

21 LIBERATI, 2013, p. 120.

22 *Ibid.*, p. 121.

que a jurisprudência seja coesa a respeito de tema tão sensível e grave. Portanto:

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões²³.

A jurisprudência do STF parece dividida em dois momentos no que toca à obrigatoriedade do Estado em cumprir políticas públicas. Em se tratando do direito à saúde, em um primeiro momento a regra era a concessão das tutelas, não havendo considerar que a falta de recursos fosse óbice para tanto. Posteriormente o Supremo Tribunal passou a efetivamente considerar a questão dos custos dos direitos.

A principal consideração feita ao primeiro posicionamento do STF é que havia a imposição de uma dicotomia entre direito à saúde (ou direitos sociais, como um todo) e as questões financeiras do Estado. No ímpeto de se concretizar aquelas, relegava-se estas a uma posição secundária. Acontece que os direitos sociais, para se efetivarem, dependem dos recursos estatais. Logo, esta questão financeira, longe de ser secundária “está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma falsa dicotomia, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta”²⁴.

Esta questão a respeito da reserva do possível foi analisada de maneira prévia para que agora, ao se analisar propriamente o controle judicial das políticas públicas, possa-se ter exatamente a dimensão que uma interferência descuidada pode ter. Por mais graves que sejam os direitos pleiteados, pode acontecer justamente o contrário do pretendido, e aquela medida ceifar direitos coletivos *a posteriori*.

23 WANG, 2008. p. 542.

24 Ibid., p. 546.

4. Protagonismo judicial

O Poder Judiciário tem se tornado, cada vez com mais frequência, no Brasil e no mundo, palco das discussões dos direitos humanos. Esse crescimento se deu não apenas em quantidade, mas no sentido de que este tem mais e mais se manifestado sobre questões políticas centrais para a sociedade, re-desenhando até os próprios papéis dos Poderes Executivos e Legislativo²⁵.

A legitimidade do Judiciário para tratar destas questões é frequentemente questionada, por ser ele um poder não eleito. Apesar de o ativismo judicial não ser exatamente o tema deste trabalho, é importante conceituá-lo, pois, independentemente de qual corrente se adote para o controle das políticas públicas, ela não pode fugir a determinados limites, configurando inaceitável ativismo – e isso, não apenas para a saúde institucional, mas também para as soluções buscadas, é um preceito fundamental.

Elival da Silva Ramos entende que a definição do que possa vir ou não a ser taxado de ativismo depende de qual modelo de jurisdição é adotado. Assim, uma mesma decisão que nos Estados Unidos possa ser completamente compatível com aquele sistema democrático, entre nós, no Brasil, poderia ser totalmente descabida. Logo, não tratamos de um conceito universal, variando-se de lugar a lugar qual o limite do aceitável.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes²⁶.

Continua o citado autor afirmando que a observância dos Poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados²⁷.

25 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 60.

26 RAMOS, p. 117.

27 *Ibid.*, p. 117.

Uma vez definido sumariamente o que seria o ativismo, deve-se ter claro que não se deve confundir a ideia de judicialização da política com o ativismo. Este, como se definiu há pouco, é a ultrapassagem dos limites constitucionais por parte do Poder Judiciário, com a invasão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes. A judicialização é fenômeno muito mais amplo e abrangente, típico dos tempos de busca universal por direitos humanos, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros dos Poderes Executivo e Legislativo trazendo ao Fórum questão de macro relevância a serem dirimidas pelas Cortes.

É certo que muitas questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesse e, portanto, isso não pode ser visto [...] como um fenômeno de usurpação de um dos poderes sobre o outro, mas como um fenômeno político²⁸.

No Brasil, a forma mais utilizada para judicializar questões políticas são as ADIs por minorias políticas que querem ver seus direitos resguardados, já que no plenário do Congresso, em virtude do sistema de votação, não conseguem ser ouvidas.

Prova disso é que nas últimas duas décadas, o volume de Ações Diretas de Inconstitucionalidade sempre foi maior partindo do grupo de oposição; e quando este mesmo setor está no Governo, a situação se inverte – ou seja, o instrumento tem sido efetivamente utilizado como um mecanismo político a mais, tendo-se no Poder Judiciário mais um local para a contenda política.

Tudo o que foi dito reforça a ideia de que, levar ao Poder Judiciário questões políticas e exigir dos magistrados posturas ativistas, são realidades completamente diferentes. Então por que sempre se confunde os conceitos, e se exige deste poder uma postura quase que omissiva quanto às questões do bem comum? Talvez por uma compreensão equivocada da real finalidade da separação dos Poderes, e de uma definição incompleta do conceito de política – e em especial, política pública.

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados da realização dos direitos fundamen-

28 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 65.

tais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito. Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o judiciário atue quando chamado, principalmente quando se trata de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados²⁹.

Ou seja, em se tratando de matéria indubitavelmente constitucional, não deve o julgador, quando provocado a se manifestar, afastar sua atuação por se tratar de forma política. O que o difere das demais é a forma como vai atuar: não criando as normas políticas, mas dando-lhes efetividade quando a omissão inconstitucional se configurar, lesando direitos que não poderiam restar desamparados. O argumento da falta de legitimidade por ausência de representatividade (votos) é ainda mais descabido quando se constata que muitas vezes são os próprios interessados que pleiteiam a sua injunção.

As normas constitucionais que garantem direitos fundamentais são dotadas de imperatividade e não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado³⁰.

“Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos [...], isso não quer dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos”³¹. Ora, o argumento que afasta o Judiciário da efetivação das políticas sociais

29 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 73.

30 LIBERATI, 2013, p. 152.

31 *Ibid.*, p. 65.

é contraditório em si mesmo. Se três são os poderes da República, cabendo ao Legislativo determinar as bases legais de atuação, e ao Executivo implementá-las, será justamente do Judiciário (quando provocado) a competência para tomar as medidas necessárias quando por ilegalidade algo se perde nesse processo, e o que já foi previamente assegurado de fato venha a acontecer.

Parece ser exatamente este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: quando há omissão do Poder Público, tem-se uma insuportável inconstitucionalidade que deve ser suprida em homenagem à Constituição. Não faz parte do núcleo essencial do Poder Executivo não cumprir as determinações constitucionais – e observe-se que aqui não é o caso de impossibilidades pela reserva do possível; caso o fosse, o Judiciário nada poderia fazer, em primeiro lugar porque não haveria ilegalidade.

– A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático³².

32 BRASIL, 2004.

Quando se argumenta que o Poder Judiciário não pode tomar parte nas decisões políticas, por haver usurpação das funções de um Poder em outro, geralmente se negligencia outro aspecto, ainda mais grave que este: a não tutela jurisdicional acarretaria em uma insegurança ainda maior, pois, havendo garantido um determinado direito com posterior omissão, conferir-se-ia ao agente verdadeiro poder de “coisa julgada imprópria”, pois sob o manto da discricionariedade, haveria uma situação imutável e inapelável, quando, em verdade “onde houver primazia do comando legal (legalidade), não haverá oportunidade do poder público invocar discricionariedade dos atos administrativos”³³.

Tudo o que foi dito até aqui não quer significar, sob qualquer perspectiva, que o julgador faça as vezes do Administrador, qualquer que seja a situação. O juiz jamais terá condições ou competência para determinar, por exemplo, uma receita em orçamento, ou fazer preferir esta ou aquela política. O que se defende é que, em havendo a provocação, e dentro das medidas *juridicamente* possíveis, respeitando ainda a reserva do possível, não haja uma omissão judiciária, sob o argumento de que aquele tema é político.

De fato, “o Poder Judiciário não pode se arvorar em gerente do orçamento público e, diante da apresentação do caso concreto, para análise judicial, não pode o juiz discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas”³⁴.

Em suma, apesar de todas as limitações, e da atuação condicionada, as demandas judiciais desenvolvem importante papel na efetivação das políticas públicas:

Não se discorda que o Poder Judiciário talvez seja o menos capacitado para planejar a implementação de políticas públicas, bem como que há limites: da coisa julgada, da inércia institucional, do processo contraditório bilateral, da cultura jurídica, do aparelhamento insuficiente. Porém, as decisões obtidas em demandas por direitos sociais podem constituir importante canal entre as necessidades da população e a Administração – contribuindo para o planejamento da agenda pública³⁵.

33 LIBERATI, 2013, p. 153.

34 *Ibid.*, p. 173.

35 FERNANDES, 2010, p. 179.

Até onde podemos discernir, o Poder Judiciário é um poder diferenciado, que não existe até que se lhe provoque. Na efetivação dos direitos sociais, o protagonismo deve ser dos Poderes Executivo e Legislativo, mas na omissão deles, quando acionado a sair da inércia, não há sentido em se defender uma postura passiva do Órgão Julgador. O Poder Judiciário, ao seu peculiar modo de agir, e respeitando as limitações impostas pelo sistema, tem tanta responsabilidade quanto os demais na efetivação de políticas que a todos servem e interessam, e que para a sociedade se traduz em desenvolvimento e justiça.

5. Considerações finais

Existe uma preocupação legítima quando se estuda a efetivação das políticas públicas em uma democracia. De um lado, a inquietação com o seu real implemento, para que não seja mera propaganda política. De outra, a forma como tal injunção se dará.

Por mais desejável que seja um objetivo político em uma República, ele não pode ser feito de qualquer forma, ao arrepio da lei, sob pena de afrontar bens ainda mais caros à coletividade.

É neste cenário que se discute o ativismo judicial. Um conceito amplo e universal desta prática já nasce fadado à obsolescência, haja vista se tratar apenas de uma medida, e como tal, para resultados cognitivos relevantes, deve ser confrontada com a realidade que se deseja analisar.

A questão chave é entender até que ponto é aceitável a intervenção de um Poder na esfera de atuação de outro. E neste aspecto, tanto doutrina como jurisprudência pecam no mesmo ponto, seja a favor ou contra o ativismo.

Explica-se: muito esforço é feito no sentido de legitimar ou desautorizar o controle judicial das políticas públicas baseando-se principalmente na Teoria da Reserva do Possível. De forma simplificada, esta teoria faz entender que não existe ilegalidade quando se deixa de praticar determinado ato por conta de circunstâncias práticas. Ninguém está obrigado a fazer algo impossível, mesmo que esta determinação venha do Poder Judiciário.

Mas o erro em tal raciocínio está em ignorar que a análise fática é precedida pela discussão teórica a respeito da possibilidade desta intervenção. Ou seja, são questões que não se conectam em um primeiro momento: os juízes terem a efetiva possibilidade de interferir em uma decisão admi-

nistrativa ou legislativa nada tem que ver com a efetivação posterior do comando.

Feitas estas observações, e pelas razões expostas, adotou-se neste estudo a linha segundo a qual a intervenção judicial é possível, e, mais do que isso, desejável. Mas isto não quer, de forma alguma, significar que a atuação judiciária deva ser livre e irrestrita. Muito pelo contrário. Ela deve ser, sempre que possível, uma inação. O protagonismo deve permanecer com os poderes Executivo e Legislativo. O que se apontou sempre foi que, na omissão ilegal de algum destes atores políticos, e desde que provocado devidamente, o Poder Judiciário deve se manifestar, e o argumento de que deva se omitir de temas políticos apenas por serem políticos é absurdo e ilógico.

A ampliação dos palcos de discussão apenas fortalece a política, sendo por vezes indispensável para evitar que maiorias de ocasião ponham a perder princípios e direitos que muito esforço demandaram para serem conquistados e estabelecidos.

O respeito ao princípio democrático não está, por tanto, exatamente na ação de um Poder da República, mas na definição precisa de quando, como e em que matérias ele deve ocorrer. Cada fim somente pode ser julgado de acordo com suas consequências ao passar do tempo, mas a ampliação do debate republicano tendo o respeito à legalidade como principal meio e fio condutor engrandecem os ideais de democracia e a justiça.

Referências Bibliográficas

- BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle Judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonard, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Democracia, Jueces y Control de La Administración*. 6ª Edición. España: Thomson Civitas, 2009.

- FERNANDES, Elizabeth Alves. In: *Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à judicialidade*. – 2ª reimp. Editora Almedina, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª edição. Malheiros Editores. 2008.
- WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.

Documentos e Sites

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADPF n. 45*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 29.04.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acessado em 16.02.2015.

Recebido em 18 de fevereiro de 2015

Aprovado em 11 de agosto de 2015

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no primeiro semestre de 2015 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional

Aluno: Aliny Mocellin (MESTRADO)

Data: 13/04/2015

Banca: Carlos Alberto Plastino, Danielle de Andrade Moreira e Marcos Penna Sattamini de Arruda

Título: Ser Humano x Natureza – O Dualismo Básico do Paradigma Moderno: um olhar a partir dos novos saberes emergentes

Resumo: A pesquisa trata da relação entre ser humano e natureza. O paradigma moderno a entende de forma a constituir seu dualismo básico fundante, havendo completa ruptura e dissociação entre ambos. Percorrem-se as crises advindas dessa cisão radical tanto do ponto de vista ecológico, quanto subjetivo. Após, uma análise sobre a emergência de um paradigma holístico e transdisciplinar é observada, e a partir desses novos horizontes epistemológicos surgem os aqui chamados saberes emergentes. Esta denominação se refere aos novos saberes ecológicos: Ecologia Profunda, Ecofeminismo e Ecologia Social. Tais saberes entendem que o homem e a natureza estão intrinsecamente conectados em uma teia de interligações, inaugurando uma nova visão de mundo mais acolhedora e baseada no cuidado. Para aprofundar o tema, há a proposta de análise das comunidades sustentáveis como materializadoras dos pressupostos dos novos saberes emergentes, incluindo a teorização de Donald Winnicott sobre a atualização do verdadeiro self.

Aluno: Ana Carolina Brito Brandão (MESTRADO)

Data: 10/04/2015

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires, Márcia Nina Bernardes, Alexandre Fabiano Mendes e Maria Elvira Diaz Benitez

Título: A expulsão das prostitutas do “Prédio da Caixa” na Cidade de Niterói: um estudo sobre a produção do espaço urbano e das relações de gênero e sexualidade

Resumo: Essa pesquisa aborda a produção do espaço urbano e a constituição do gênero. O objetivo é perceber como o regime regulatório sobre as mulheres trabalhadoras na formação das cidades modernas se reatualiza, contemporaneamente, através de políticas urbanas voltadas para o planejamento estratégico, numa lógica de “governamentalidade” empresarial. Analisa-se um caso emblemático ocorrido em um histórico edifício de prostituição, na cidade de Niterói, em que dezenas de trabalhadoras sexuais foram expulsas, violentamente, depois de anunciada uma grande intervenção urbanística na área. Para tanto, o primeiro capítulo fará uma retomada dos discursos sobre o planejamento moderno, mostrando como os estudos médico-científicos sobre o “perigo” da prostituição desembocaram em políticas de controle sobre a sexualidade das mulheres, ao passo que a própria concepção do espaço urbano como abstrato e neutro busca esvaziá-lo de desejo e afeto, atributos historicamente associados ao corpo feminino. Posteriormente, observa-se como isso é cotejado, atualmente, no contexto em que as cidades se tornam fontes de grande lucratividade e competem entre si por meio da introjeção de técnicas de gestão empresarial no planejamento urbano. O segundo capítulo apresenta um panorama da luta do movimento organizado de prostitutas, sua agenda política e como o Estado tem respondido a isso, mostrando o impasse da concretização de reivindicações históricas em razão dessa lógica de gestão do espaço urbano. No terceiro capítulo, apresenta-se o caso da expulsão das trabalhadoras sexuais do famoso “Prédio da Caixa”, em Niterói, pouco tempo depois da aprovação da Operação Urbana Consorcida. Das inúmeras fontes utilizadas na reconstrução dessa história, destaca-se o depoimento de uma das mulheres expulsas do prédio.

Aluno: Andre Martins Bogossian (MESTRADO)

Data: 17/04/2015

Banca: Noel Struchiner, Fábio Carvalho Leite e Fábio Perin Shecaira

Título: Aspectos conceituais e descritivos da regra de reconhecimento do direito brasileiro

Resumo: O positivismo jurídico de H.L.A. Hart oferece respostas para a pergunta fundamental a respeito do conceito de direito com uma formulação bastante sofisticada, envolvendo a união de regras primárias e secundárias. Dentre os aspectos de maior relevância do modelo desenvolvido, ocupa posição central a figura da regra (última) de reconhecimento, regra secundária pensada como solução para o problema da incerteza, que advém da dificuldade de identificar quais regras pertencem ao ordenamento jurídico da comunidade e qual o âmbito de sua aplicação. A proposta do presente estudo é partir do marco teórico desenvolvido por Hart em 'O Conceito de Direito', trabalhando-o na interface entre a teoria do direito e o direito constitucional e procurando aplicar a teoria hartiana ao fenômeno jurídico brasileiro. Assim, os dois primeiros capítulos tratarão de questões conceituais a respeito do instituto tratado, com a identificação de algumas dificuldades na versão canônica e culminando com a proposta de uma nova compreensão do instituto, que considere o povo no grupo reconhecedor relevante. Por fim, no quarto capítulo, tenta-se descrever a regra última de reconhecimento do direito brasileiro, considerando as atuais práticas relevantes da comunidade político-jurídica brasileira de identificação do direito válido.

Aluno: Clarissa Pires de Almeida Naback (MESTRADO)

Data: 14/04/2015

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires, Bethânia de Albuquerque Assy, Giuseppe Mario Cocco e Rafael Soares Gonçalves

Título: Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência da Vila Autódromo

Resumo: Após pressões e táticas de "convencimento" do poder público, parte da população da Vila Autódromo aceitou a oferta de reassentamento no conjunto habitacional Parque Carioca ou de indenização. A Vila Autódromo consiste em um assentamento regularizado, considerado favela para o Estado, que se localiza ao lado da área destinada ao complexo esportivo do Parque Olímpico. Mesmo com algumas garantias legais, sua remoção vem ocorrendo, mais sobre um campo biopolítico do que jurídico - na investida na vida dos moradores. Torna-se importante refletir a reatualização das remoções e as normalizações do espaço urbano carioca. A favela muitas vezes significou uma heterotopia, um espaço outro, o diferente ou o anormal para o urbanismo. Ao percorrer produções teóricas no campo da sociologia e história urbana se verifica a criação de diferentes respostas ao "problema favela", principalmente mediante políticas habitacionais. Não se trata, porém, de entendê-la apenas como habitat, produto da exclusão e segregação do poder. A favela consiste também em uma produção de espaço: um "habitar como poeta" que compreende a constituição de rede de relações e afetos, da história, da memória, do trabalho e da luta pela liberdade de produzir diferenças. Com o aporte teórico de Michel Foucault e de Henri Lefebvre, se investigará a resistência dos moradores da Vila Autódromo e os procedimentos que a Prefeitura adota para realizar a remoção através da interferência da própria produção urbana dessa comunidade. Pretende-se nesse trabalho elevar à reflexão não apenas os aspectos macroeconômicos ou macropolíticos, mas o campo "subterrâneo" dos próprios desejos e necessidades que envolvem a política sobre a vida e a resistência na cidade.

Aluno: Felipe Jardim Lucas (MESTRADO)

Data: 10/04/2015

Banca: Mauricio de Albuquerque Rocha, Francisco de Guimaraens e Homero Silveira Santiago

Título: Elementos do estado civil, formação da política em Hobbes e Espinosa e a construção democrática

Resumo: A formação do corpo político com o objetivo de cessar as disputas entre os indivíduos em um potencial e permanente estado de guerra foi uma preocupação que marcou o início da era moderna e inspirou o pensamento daqueles que fundaram as bases do pensamento político, alcançando os dias de hoje. Da mesma forma se deu com a necessidade de barrar a ascensão de governos tirânicos e totalitários, surgidos da justificativa de manutenção da segurança como função máxima do Estado. Por este motivo a discussão acerca da legitimidade, do monopólio da força e do que seria a representação continuam ocupando posição central no esforço de pensar na viabilidade da forma Estado e suas possibilidades. O presente trabalho teve por objetivo, a partir dos debates que se iniciam na era moderna, fazer uma análise dos elementos do estado civil e das fundações políticas com o intuito de pensar nos objetivos do Estado bem como na construção de seus elementos democráticos e, inclusive, resistentes. Para isso, apoiamos o argumento nas teorias políticas de Thomas Hobbes e Baruch de Espinosa que – representando polos distintos mas que dialogam entre si – pensaram na gênese, nos elementos e objetivos do corpo político, bem como na união dos indivíduos sob uma organização instituída. Acreditamos por este caminho poder plantar as bases de nossa análise da democracia como presença na política e dos modos de resistência à sua violação.

Aluno: Fernanda Telha Pereira (MESTRADO)

Data: 14/04/2015

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy, Carolina de Campos Melo e João Ricardo Wanderley Dornelles

Título: Reyes Mate e a Justiça das Vítimas – uma perspectiva anamnética

Resumo: O presente trabalho teve como foco principal a justiça de transição, no contexto de mudanças políticas: a maneira como os países lidam com seu passado marcado de graves violações de direitos e como os regimes políticos posteriores lidam com as vítimas provenientes dessas injustiças (sejam regimes repressivos – como no caso das ditaduras latino-americanas – ou, ainda, de situações pósconflitos). Portanto, a teoria estudada por Reyes Mate se faz importante, e pode ser aplicada, visto que muitos países preferiram lidar com o passado de modo a “esquecer para avançar”. Segundo Reyes Mate, a memória é a chave para compreendermos pedaços da verdade que não constam dos registros oficiais da História, e por isso, entende-se que esse é o primeiro passo para a realização da justiça à vítima, uma vez que enfrentar o passado, torna evidente a permanência de injustiças no tempo, impulsionando-nos a lidar com elas. Neste sentido, de acordo com o referencial teórico escolhido, a proposta foi de se colocar sob a vítima uma lente de aumento para que, partindo dela, fosse possível adquirir uma perspectiva diferente sobre o passado. Mate, nesse sentido, aponta a importância do testemunho da vítima como ferramenta para ativação das suas memórias. Assim, somos transportados ao sofrimento contido dentro da injustiça pretérita, mas ainda vigente de maneira latente na memória da vítima. Com recorte específico sobre a ditadura militar brasileira (1964-1985), reflete-se neste trabalho sobre a teoria elaborada por Mate, analisando a transição do regime militar para o Estado Democrático de Direito, através da perspectiva transicional, para pensarmos como o Brasil tem lidado com seu passado repressivo em relação às vítimas. Com esse objetivo, foram utilizados testemunhos de nove vítimas do regime militar, e o depoimento prestado por um dos torturadores. Debruçando-me sobre esses relatos, foi realizada uma análise, embasada na teoria de justiça das vítimas introduzida por Mate, pelo viés anamnético, ou seja, privilegiando o viés da rememoração.

Aluno: Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes (DOUTORADO)

Data: 12/02/2015

Banca: Adriano Pilatti, Fábio Carvalho Leite, Gisele Guimarães Cittadino e Daniel Antônio de Moraes Sarmento

Título: O Supremo Tribunal Federal: Trajetória Institucional e o Jogo da Separação de Poderes com o Congresso Nacional

Resumo: A Constituição Federal brasileira fixou um desenho estrutural de competências que permite uma ampla atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a vida social e os ramos de governo. Desde 1988, houve uma evolução gradativa no exercício efetivo deste poder em relação ao Congresso Nacional, principalmente, nos julgados sobre comissões parlamentares de inquérito, sistema político e omissões inconstitucionais, enquanto as temáticas do “impeachment” presidencial, do processo legislativo e da perda de mandato por quebra de decoro parlamentar apresentaram uma reticência interventiva maior. A experiência do institucionalismo norte-americano e a análise destes seis campos jurisprudenciais por diferentes enfoques da teoria institucional – atitudinal, estratégico, constitutivo e histórico – demonstram que não há um panorama assimétrico entre os departamentos estatais. Na verdade, o jogo entre Poderes pode criar cenários conjunturais que libertam decisões baseadas na preferência individual dos julgadores ou que restringem a autonomia da Corte quando críticas ou retaliações externas ameaçam sua permanência e autoridade.

Aluno: Marcelo Kokke Gomes (MESTRADO)

Data: 26/06/2015

Banca: Gisele Guimarães Cittadino, Bethânia de Albuquerque Assy, Thula Rafaela de Oliveira Pires, Élcio Nacur Rezende e Patrícia Castro Mattos

Título: Conflitos intergeracionais: reconhecimento e análise da sociedade

Resumo: A presente Tese de Doutorado procede à articulação da Teoria do Reconhecimento e da Teoria da Justiça como Análise da Sociedade, de Axel Honneth, como via de análise crítica de práticas sociais e instituições que estabeleçam padrões sociais de afirmação e negação do outro nas relações intersubjetivas, construídas e estendidas entre as gerações. O enfoque temático toma por objeto os conflitos intergeracionais e suas postulações de rompimento ou preservação de legados ou heranças entre as gerações passadas, as gerações presentes e as gerações futuras visando desenvolver abordagem que os situe em uma dimensão normativa ligada à teoria moral, mas não dissociada da expressão da ação social. A compreensão dos conflitos intergeracionais como lutas por reconhecimento intergeracional, perpassando igualmente conflitos situados em uma luta por reconhecimento intrageracional, com reconstrução normativa de práticas sociais e instituições, permitirá conceber a autorrealização intergeracional. A autorrealização intergeracional, interligada à definição de eticidade formal de Honneth, articula ações morais e ações sociais, além de fornecer critérios de identificação de patologias sociais e mecanismos de negação do reconhecimento nas interações sociais.

Aluno: Mariana Caldas Pinto Ferreira (MESTRADO)

Data: 31/03/2015

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy, Mônica Herz, Roberto Vilchez Yamato e Rodrigo Ribeiro Alves Neto

Título: Tudo É Permitido?: uma perspectiva de Hannah Arendt sobre a relação entre guerra e política na Doutrina Bush

Resumo: Em contradição aos princípios estabelecidos pela Carta das Nações Unidas, os Estados Unidos realizaram uma intervenção unilateral ao Iraque fragilizando os parâmetros da legitimidade do uso da força no nível internacional. Essa política bélica foi justificada pela “Doutrina Bush”, publicada na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA de 2002, onde estabelece uma expansão da atuação militar do país para lidar com as novas ameaças globais e propagar valores democráticos. Diante disso, este trabalho anseia em compreender a distinção necessária entre a experiência da política e a experiência da guerra para poder identificar o lugar da violência nas relações internacionais contemporâneas. Ele é norteado pelo esforço de trazer o pensamento da filósofa Hannah Arendt ao debate sobre a “Doutrina Bush”. Embora não tenha escrito diretamente sobre o fenômeno da guerra, Arendt surge como uma referência para pensar as consequências da violência na forma como agimos no mundo no nosso tempo. A introdução do conceito de “guerra preemptiva” - articulado na política externa americana durante a Administração Bush- redefine a legitimidade do uso da força no sistema internacional e distorce os limites legais do espaço da violência. E, ao tornar seu uso descontrolado, banaliza-o, potencializando um mundo cada vez mais violento.

Aluno: Murilo Ramalho Procópio (MESTRADO)

Data: 27/03/2015

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland, Adiano Pilatti e Danilo César Maganhoto Doneda

Título: Privacidade, Anonimato e Autodeterminação: a regulação da participação política na sociedade de vigilância

Resumo: Esta dissertação procura realizar uma investigação do fenômeno social de manifestações políticas individuais e coletivas exercidas de forma anônima sob a ótica do direito à privacidade, principalmente em razão da tendência proibitiva adotada pelos entes institucionais brasileiros nas oportunidades em que se manifestaram sobre o tema. Neste sentido, desenvolve-se uma pesquisa teórico-prescritiva, de método hipotético-dedutivo, cujo principal objetivo se refere à construção analítica de determinados conceitos relacionados à participação política democrática na atualidade, ao anonimato e à privacidade. Pretende-se, portanto, identificar e propor alguns princípios regulatórios do exercício da manifestação política anônima, de acordo com limites explorados no desenvolvimento da própria pesquisa. A construção destes princípios regulatórios, por sua vez, foi realizada a partir dois conjuntos conceituais principais. Primeiramente, foi utilizada a concepção de Michael Hardt e Antonio Negri a respeito de “Multidão” (2005), o sujeito político responsável por guiar as ações políticas atuais, bem como a descrição das manifestações “em rede” feita por Manuel Castells (2013). No que diz respeito aos contornos assumidos atualmente pelo direito à privacidade e sua relação com o anonimato das ações políticas, foi utilizada a noção de privacidade desenvolvida por Stefano Rodotà (2007, 2011). A partir destes dois eixos teóricos principais, identificamos que, nas diversas formas de atuação política contemporâneas, influenciadas, principalmente, pelo paradigma comunicacional das tecnologias digitais, o anonimato, além de característica essencial da comunicação e expressão em diversos casos, apresenta benefícios sociais que devem ser levados em consideração em qualquer proposta regulatória sobre o assunto.

Aluno: Natalia Baldessar Menezes (MESTRADO)

Data: 13/04/2015

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles, Pedro Cláudio Cunha Brando Bocayuva Cunha e Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Título: Privacidade, Anonimato e Autodeterminação: a regulação da participação política na sociedade de vigilância

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo defender a necessidade de reforma institucional da polícia brasileira como mecanismo essencial de justiça de transição e se afina com a fase moderna do projeto transicional que procura alinhar os mecanismos transicionais às necessidades das sociedades a que se destinam a fim de promover paz positiva, reconciliar, reduzir identidades sociais antagônicas, reconhecendo os efeitos materiais dos conflitos para buscar a exequibilidade do perdão. Partiremos do necessário reconhecimento do alto grau de militarização da sociedade brasileira promovido pelo especializado projeto de propaganda anticomunista e difusão da doutrina de segurança nacional em prol da inserção do Brasil no capitalismo global sob a liderança dos Estados Unidos. A transição democrática não será completa sem a destruição das engrenagens militarizadas que permitiram a tortura, o extermínio e abalaram o livre exercício de direitos políticos por cidadãos brasileiros. A presença militar na segurança pública interna, na gestão e controle das polícias militares é um ranço ditatorial que obstaculiza o desenvolvimento democrático da instituição policial em busca da proteção de minorias e do resguardo ao livre exercício de direitos fundamentais. A reforma da polícia tem por finalidade essencial conter a repetição de graves violações de direitos humanos perpetradas pela mão policial, a partir do reconhecimento de que identidades de grupo antagônicas – ontem comunistas, hoje populações negras e pardas marginalizadas – facilitam a concretização do projeto de segurança elitizado e de manutenção das desigualdades sociais na sociedade neoliberal.

Aluno: Rachel Louise Braga Delmas (MESTRADO)

Data: 13/04/2015

Banca: Adriano Pilatti, Caitlin Sampaio Mulholland e Marcos Alcino de Azevedo Torres

Título: Análise Crítica da Propriedade Imobiliária Capitalista: Um confronto entre a proteção da propriedade e a de seus valores de uso

Resumo: A propriedade sobre o solo sempre ocupou lugar de grande destaque na formação política e jurídica das mais diversas sociedades. O modo de produção capitalista elevou a propriedade, sobre todas as coisas, a fundamento da sociedade burguesa. A partir da análise dos problemas sociais dessa construção capitalista será analisado o direito de propriedade em sua constitucionalização clássica e no constitucionalismo social, com objetivo de enquadramento da proteção da propriedade na Constituição brasileira. Por fim, a pesquisa trata da extensão de tutela da propriedade no direito brasileiro a partir da proteção outorgada na Constituição da República de 1988.

Aluno: Rafael Bravo Gomes (MESTRADO)

Data: 12/06/2015

Banca: Francisco de Guimaraens, Adriano Pilatti e Mariana Trotta Dallalana Quitans

Título: Institutos de Democracia Semidireta na Assembleia Nacional Constituinte: momentos de constituinte ou termidor?

Resumo: A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase política no país, sendo considerada inegavelmente um avanço no caminho do regime democrático no Brasil, após aproximadamente 24 anos de ditadura militar. Entretanto, para se compreender melhor o texto constitucional, se faz necessária a análise dos debates na Assembleia Constituinte de 1987-1988, que foi palco de confrontos entre progressistas e conservadores. Em disputa, encontravam-se temas relativos à soberania popular, poder constituinte, reforma agrária, dentre outros. A presente dissertação propõe uma análise acerca de temas relacionados ao poder constituinte, abordando o tema, não sob uma perspectiva do constitucionalismo, mas a partir das lições de Antonio Negri, para quem o poder constituinte pertence à multidão e traduz uma força de produção ontológica de novas realidades e institucionalidades. Assim, o trabalho analisará propostas institutos de Democracia Semidireta, que prestigiavam uma maior participação popular nas decisões políticas do país, e que foram rejeitadas ou esvaziadas durante os debates da constituinte. Longe de defender tais instituições como o melhor projeto, até porque só quem pode decidir e pensar nas melhores instituições políticas é a multidão, a presente dissertação busca auferir se tais exclusões dos institutos caracterizam momentos de termidor.

Aluno: Roberta Clapp de Souza (MESTRADO)

Data: 06/04/2015

Banca: Carlos Alberto Plastino, Paulo Duarte de Carvalho Amarante e Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Título: Reforma Psiquiátrica Brasileira: crise do paradigma psiquiátrico e luta política

Resumo: Nossa dissertação tem por objetivo apresentar o caminho percorrido pelo doente mental desde o seu surgimento a partir da medicalização da loucura até o início dos processos de negação à instituição psiquiátrica, a fim de demonstrar seu papel como sujeito político ativo, enquanto protagonista da luta, e como sujeito passivo, vítima de segregação social, política e econômica, exclusão e abandono, em razão de uma perseguição contínua aos desviantes da norma e nunca efetivamente em decorrência de sua condição de sofrimento. Desde a sua concepção, a psiquiatria moderna vem sofrendo críticas severas. O paradigma psiquiátrico, conjunto de saberes e práticas referentes ao estudo da doença mental como objeto científico, constituído com base nos fundamentos da racionalidade moderna, se instituiu como modelo dominante durante a passagem do século XVIII para o século XIX. Foi a partir das práticas de isolamento, consolidadas por Philippe Pinel, que se estabeleceram as condições necessárias para a fundação desta especialidade da medicina. Embora a psiquiatria e o tratamento dispensado aos internos tenham passado por mudanças significativas desde então, foi na década de 1970 que Franco Basaglia deu início a uma nova trajetória, que atribuiu à palavra ‘reforma’ um novo sentido. A partir das experiências realizadas no manicômio de Gorizia, Basaglia construiu uma base teórico-prática de desconstrução da instituição psiquiátrica e de desinstitucionalização e que serviu de base para o início da trajetória de reforma psiquiátrica no Brasil, que contou primordialmente com a força dos movimentos sociais que se fortaleciam no país durante o regime militar.

Aluno: Victor Freitas Lopes Nunes (MESTRADO)

Data: 17/04/2015

Banca: Francisco de Guimaraens, Adriano Pilatti e Alexandre Pinto Mendes

Título: Uma tendência moderadora no Supremo Tribunal Federal: marcas autocráticas nas decisões da corte

Resumo: Este trabalho pretende contribuir para a compreensão da divisão de competências entre os três poderes consagrados pela Constituição de 1988, a partir do estudo de funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Indaga-se se existe, atualmente, equivalência entre a função exercida pelo Poder Moderador durante o Império e alguma das funções constitucionalmente designadas aos três poderes da República. Acredita-se que exista uma abertura à tendência moderadora no conjunto de competências do STF, revelada pela jurisprudência da corte. Compreendendo o direito como atividade de construção da ordem jurídica, o estudo alinha-se à vertente das pesquisas jurídico-descritivas. Promove um processo de inferência, não-dedutivo, que considera além dos próprios textos analisados, os respectivos contextos. A oposição entre as formas de governo permite compreender o sentido expansivo do conatus de uma comunidade política que se pretende democrática. O constitucionalismo, sobretudo na sua versão moderna, conhece conformação alternativa à clássica tripartição das funções estatais, na qual o Poder Moderador desponta como elemento central da estabilidade política. A recuperação do passado institucional brasileiro permite compreender tanto a dimensão da concentração do poder de decisão, reinserida no arranjo atual através do sistema de última palavra; quanto a perspectiva antidemocrática que se inscreve na sobredeterminação dos poderes constituídos à prática política não-representativa. A inter-relação entre as diversas matrizes de controle de constitucionalidade torna o sistema brasileiro uma criação singular, de onde despontam tendências moderadoras de marcas schmittianas, ressaltadas pelo dever de autocontenção e pelo discurso competente da corte.

Resumos/*Abstracts*

Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan. Transconstitucionalismo ou Cosmopolitismo: Perspectivas para uma Semântica Dialógica no Constitucionalismo Contemporâneo

Resumo: Ao considerar a variedade de elementos que cerca a fragmentação da reprodução do direito, além da precária legitimação dos Estados nacionais e entidades não estatais para tratar de problemas constitucionais comuns da sociedade mundial, este artigo discute duas propostas teóricas direcionadas ao tema: o transconstitucionalismo e o cosmopolitismo constitucional. A partir de um paralelo entre as duas perspectivas, e com foco na resistência judicial da Suprema Corte norte-americana em considerar precedentes estrangeiros como referência para suas decisões, pretende-se demonstrar os limites e possibilidades de ambos modelos teóricos. Ao final, o trabalho avalia como essa postura de fechamento ao diálogo prejudica a construção da noção de um constitucionalismo partilhado.

Palavras chave: Constitucionalismo Global; Transconstitucionalismo; Cosmopolitismo Constitucional.

Transconstitucionalism or Cosmopolitanism: perspectives for a dialogical semantics in the contemporary Constitutionalism

Abstract: By considering the variety of elements that surrounds the fragmentation of law reproduction beyond the precarious legitimacy of the national State and non-state entities to confront common constitutional problems of the world society, this paper discusses two theoretical proposals directed to the question: transconstitucionalism and constitutional cosmopolitanism. To draw a parallel between the two perspectives, it is intended to demonstrate the limits and possibilities of both, with special attention to American constitutionalism. Focusing on the resistance of Supreme Court to consider foreign precedents as reference for their decisions, the paper evaluates how the posture of closing the dialog affects in the construction of the notion of shared constitutionalism.

Keywords: Global Constitutionalism; Transconstitucionalism; Constitutional Cosmopolitanism.

Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco; Bacha e Silva, Diogo. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais

Resumo: A projeção de um novo Código de Processo Civil levanta a necessidade de analisar novos e velhos temas na ciência processual. Nessa medida, importa ter presente a necessidade de analisar a delimitação do precedente no novo Código de Processo Civil. É preciso aprender que o precedente não pode ser visto como fechamento argumentativo e sim como ponto de partida para a correta aplicação do direito. O objetivo é passar em revista os principais pontos delimitados pelo novo Código de Processo Civil que tratam de precedentes e estudar a noção do que o código projetado entende por precedente. Por fim, deve-se perguntar se os precedentes no código projetado são formulados democraticamente através da argumentação jurídica ou se são impostos autoritariamente.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Precedentes; Integridade jurisprudencial.

The new CPC and the systematic from precedents: for a critical account of the procedural reforms

Abstract: The projection of a new Civil Procedure Code raises the need to analyze new and old themes in the procedural science. To that extent, it is important to bear in mind the need to examine the definition of precedent in the new Civil Procedure Code. One must learn that the precedent cannot be seen as argumentative closing but as a starting point for the correct application of the law. The aim is to review the main points delimited by the new Code of Civil Procedure dealing with precedents and study the notion of what the designed code understands as precedent. Finally, one must ask whether the precedents in the code designed are made democratically by legal reasoning or are authoritatively imposed.

Keywords: New Code of Civil Procedure; Precedents; Decisional integrity.

Dantas, Aline Chianca. Mediação policial, segurança pública e segurança humana: uma aborfagem reflexiva

Resumo: Este trabalho debate se a mediação policial é um instrumento de humanização da segurança pública ou não, ensejando uma discussão maior sobre como tornar a segurança pública mais humana. Assim, discutem-se as premissas da segurança pública tradicional, o papel da polícia e do Estado e as bases da segurança pública humana. Passa-se a um estudo da mediação enquanto meio de resolução de conflitos e, especificamente, da mediação policial. Destaca-se o papel da mediação enquanto política criminal e verifica-se que a mediação policial tem características que a aproximam da segurança humana; mas, ainda está abarcada pela figura do Estado e permeada pela segurança pública tradicional. Conclui-se, então, que a mediação policial, apesar de estar imbricada com os interesses estatais, consegue incluir características mais humanas na prática policial, abarcando a figura da vítima de maneira mais protetora, possibilitando a resolução dos conflitos sociais de forma mais direta e aproximando o Estado da sociedade civil. Aponta-se, no entanto, para a necessidade de reformas mais amplas na segurança pública brasileira. Para o desenvolvimento dessa discussão, realiza-se um estudo qualitativo, utilizando-se de uma metodologia baseada em pesquisas bibliográficas sobre as temáticas apresentadas, breves exposições de casos em que a mediação policial foi utilizada e verificação de associação entre os elementos da teoria de segurança humana e a prática da mediação policial.

Palavras-chave: Mediação policial; Segurança pública; Segurança humana.

Police mediation, public security and human security: a reflexive approach

Abstract: This paper debates whether police mediation is a humanizing instrument of public security or not, aiming to trigger a larger discussion about how public security can be made more human. Thus, it discusses the assumptions of traditional public security, the role of the police and the state and the bases of human public security. It goes through a study of mediation as a mean of conflict resolution hovering specifically over the police mediation. It highlights the role of mediation as a criminal policy and argues that police mediation has characteristics that approximate it to the human security, while still being embraced by the figure of the state

and permeated by traditional public security. It concludes that police mediation, despite being intertwined with state interests, can include more human characteristics in police practice, comprehending the figure of the victim more protectively, thus enabling the resolution of social conflicts more directly while approaching the state to civil society. It points out, however, to the necessity of broader reforms within Brazilian public security. In order to develop this discussion, a qualitative study was carried out, using a methodology based on bibliographic research on the presented issues, as well as brief reviews of cases where police mediation was used and finally, a verification of the association between elements of human security theory and the practice of police mediation.

Keywords: Police Mediation; Public Security; Human Security.

Marchiori Neto, Daniel Leno; Ferri, Caroline. Uma teoria conservadora de democracia? Aportes para um diálogo entre Michael Oakeshott e Joseph Schumpeter

Resumo: Joseph Schumpeter e Michael Oakeshott são autores vinculados a um conservadorismo em política. O primeiro trata a democracia como um método de decisão política; os indivíduos adquirem o poder de decisão através da luta competitiva pelos votos dos eleitores. Oakeshott, ao descrever o Estado como uma associação civil sob o regime do império da lei, afirma que a deliberação política deve ser limitada à manutenção da ordem, para garantir a coexistência pacífica e evitar grandes rupturas institucionais. Este trabalho tem por objetivo estabelecer um paralelo entre os dois autores, avaliando uma possível compatibilidade de suas teorias no que tange à natureza do processo democrático.

Palavras-chave: Oakeshott; Schumpeter; Democracia.

A conservative theory of democracy? Contributions to a dialogue between Michael Oakeshott and Joseph Schumpeter

Abstract: Joseph Schumpeter and Michael Oakeshott are linked to certain conservatism in politics. Schumpeter deals with democracy as a political deliberation method; individuals acquire the power to decide through a competitive struggle for votes of the voters. Oakeshott, in describing State as a civil association under the rule of law argues that political deliberation

should be limited to the maintenance of order to ensure peaceful coexistence and to avoid large institutional mutations. This paper aims to establish a dialogue between them, evaluating a possible compatibility of their theories concerning the nature of democratic process.

Keywords: Oakeshott; Schumpeter; Democracy.

Arguelhes, Diego Werneck; Ribeiro, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político

Resumo: Estudos e críticas à participação do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional costumam assumir, ainda que implicitamente, que a decisão do tribunal a ser analisada ou criticada é obtida após um processo decisório interno colegiado. Mesmo que esse processo seja imperfeito, ele é visto como condição necessária para que os *inputs* individuais dos Ministros possam produzir efeitos relevantes sobre o mundo fora do tribunal. Neste trabalho, mostramos que os Ministros do STF podem agir *individualmente*, sem passar pelo colegiado, de modo a produzir efeitos sobre o comportamento de atores externos ao tribunal. Mapeamos conceitualmente esse tipo de poder individual, a partir de um marco teórico da análise institucional, para então identificar alguns exemplos na prática decisória do tribunal: a antecipação de posições na imprensa, o uso de pedidos de vista de longa duração e o uso de decisões monocráticas para avançar posições jurisprudenciais. Com base nesses três exemplos, apontamos e discutimos algumas implicações da existência desses poderes individuais para estudos sobre judicialização da política e comportamento judicial. Em especial, destacamos os problemas normativos que surgem quando se reconhece a possibilidade de que uma ação judicial internamente minoritária (isto é, uma ação que não expressa a preferência da maioria dos Ministros) produza resultados externamente contramajoritários.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Poderes Individuais; Comportamento Judicial; Processo Decisório; Análise Institucional.

The Supreme Individuals: how Brazilian Supreme Court Justices can directly influence the political process

Abstract: Existing studies on the Brazilian Supreme Federal Court tend

to assume, even if implicitly, that decisions they analyze are the outcome of an internal, collective decision-making process. Even when this process is criticized as problematic in itself, it is seen as a necessary condition for the Justices' individual preferences to have an actual impact in the outside world. In this paper, we show that the Justices have resources to act *individually*, bypassing the collective decision-making procedures, in ways that can and do influence the behavior of actors outside the Court. We conceptualize such individual powers within a framework of institutional analysis, and we identify a set of examples in the Court's decision-making practices: using press statements to announce one's judicial preferences, as they would be expressed in a future judicial opinion; individual requests to study the case files in order to prevent the Court from deciding it (*pedidos de vista*); and the strategic use of and reference to individual rulings (*decisões monocráticas*) to advance one's individual jurisprudential views. These three examples allow us to discuss some of the implications of these individual powers for the literature on judicial politics. In particular, these powers are normatively problematic if they allow a position that is in the minority within the Court to create counter-majoritarian outcomes outside the Court.

Keywords: Supreme Federal Court; Individual Powers; Judicial Behavior; Decision-Making Process; Institutional Analysis.

Camino, Iván Mauricio Obando; Peñailillo, Johann Stefan Allesch. Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile

Resumen: Este artículo explora el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría General de la República de Chile, considerando una perspectiva histórica y comparada. Tras referirse a sus orígenes legales en 1927, este artículo discurre sobre las razones que presidieron su constitucionalización en 1943 y 1980, lo que ha llevado a hacer de ella un órgano de control administrativo autónomo, en casi todos sus aspectos, en el sistema político chileno. Así también queda de manifiesto cuando ella es comparada con órganos de control administrativo semejantes existentes en la región, lo que permite visualizar la singularidad de aquella.

Palabras clave: Contraloría; Control; Fiscalización.

A historic and comparative perspective on the office of the Comptroller General of the Republic of Chile

Abstract: This article explores the constitutional and legal development of the Office of the Comptroller General of the Republic of Chile taking into account both a historic and comparative perspective. After dwelling on the legal origins of this agency back in 1927, this article deals with the reasons that presided over the writing of this agency into the Chilean constitution both in 1943 and 1980, which gave way to an almost autonomous agency of administrative oversight in the Chilean political system. The latter stands out after comparing this agency with similar offices that exist in the region, which points out to the distinctiveness of the aforementioned agency.

Keywords: Comptroller; Control; Oversight.

Almeida, Leonardo Monteiro Crespo. Subjetividade, gênero e Estado de Direito no contexto das democracias liberais contemporâneas

Resumo: Este artigo pretende analisar as demandas de gênero no contexto da teoria feminista contemporânea, com especial ênfase aos trabalhos de Drucilla Cornell e Judith Butler, e a relação que guardam com certos conceitos jurídicos, como o de sujeito de direito e cidadania. Pretende destacar a especificidade dessas demandas e como devemos considerá-las no contexto das democracias liberais que vislumbram na igualdade e na liberdade valores indispensáveis. Repensar a diferença sexual e o sujeito de direito torna-se relevante. Defende-se que uma compreensão cuidadosa da dimensão sexual dos sujeitos de direito se faz importante para uma reflexão teórica em torno das condições em que os indivíduos formulam suas demandas perante o poder soberano.

Palavras-chave: Pós-Estruturalismo; Gênero; Cidadania.

Subjectivity, gender and Rule of Law within the context of contemporary liberal democracies

Abstract: This article intends to analyze demands of gender within contemporary feminist theory, paying careful attention to the works of Drucilla Cornell and Judith Butler, and the possible relations that it guards with certain legal concepts such as legal subjects and citizenship. It pretends to highlight not only the particularities of these demands but also how we

should considerate them in light of liberal democracies that regards freedom and equality as indispensable values. Rethinking sexual difference and legal subject becomes quite relevant for this project. We defend that a sensible understanding of the importance of the sexual domain regarding the existence of legal subjects is important for a theoretical reflection on the conditions which they formulate its political demands to the sovereign power. *Keywords:* Post-Structuralism; Gender; Citizenship.

Budó, Marília de Nardin. Modernizar se conjuga no pretérito: a privação de liberdade de adolescentes no discurso legislativo brasileiro

Resumo: Desde a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, numerosas foram as propostas de sua alteração, muitas inseridas na onda punitivista que caracteriza as iniciativas legislativas nos últimos vinte anos no Brasil. Este trabalho tem por objetivo elucidar de que maneira os deputados federais brasileiros compreendem as funções da privação de liberdade de adolescentes, através da análise crítica do discurso das justificativas dos projetos de lei que buscam aumentar o prazo de internação, bem como dos votos, pareceres e relatórios das comissões a esses projetos de lei. Para tanto, foram analisados 67 textos, dentre eles, 44 propostas e 23 pareceres, relatórios e votos de comissões, produzidos entre os anos de 2000 e 2012 na Câmara dos Deputados. O trabalho parte do marco teórico da criminologia crítica, concebendo a criminalidade como resultante de processos de criminalização seletiva dos excluídos. Os resultados indicam uma percepção equívoca sobre a função da privação da liberdade, compreendendo desde a integração da sociedade até a exclusão total do indivíduo. Corresponde às representações sociais sobre quem é o adolescente infrator e sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas. Sob o rótulo de modernização, as propostas e justificações remontam à legislação pré-Estatuto, como punição ou como tutela.

Palavras-chave: Discurso legislativo; Medidas socioeducativas; Funções da pena; Ato infracional; Criminologia crítica.

"To modernize" is in the past tense: the deprivation of liberty in the brazilian legislative discourse

Abstract: Since the publication of the Statute of the Children and the Ado-

lescent, many bills aiming to change this law were proposed by parliamentarians in Brazil. In many cases, they were inserted in the context of moral panics, with the objective of increasing the punishment of teenagers. This study aims to elucidate how the Brazilian Federal Deputies comprehend the functions of imprisonment of teenagers through critical discourse analysis of the justifications of the bills seeking to increase the deprivation of liberty duration, as well as of the votes and reports of the committees to these bills. Therefore, we analyzed 67 texts, including 44 proposals and 23 other related discourses, produced between 2000 and 2012. The study uses the theoretical framework of Critical Criminology, conceiving crime as a result of selective and exclusive criminalization processes. The results point to an equivocal perception of the function of deprivation of liberty, which ranges from social integration to total exclusion. It corresponds to the social representations of who is the adolescent offender and what is the nature of educational measures. Under the label of modernization, the proposals and justifications date back to the legislation pre-Statute, as punishment or tutelage.

Keywords: Legislative discourse; Socio-educational measures; Functions of the punishment; Juvenile delinquency; Critical Criminology.

Amorim, Maurício Oliveira; Sousa, Monica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o controle judicial das políticas públicas. Para tanto, será explanado o conceito doutrinário dessas políticas, bem como a delimitação da seara política na qual se desenvolvem. Uma breve abordagem da divisão dos poderes será necessária, com vistas a melhor definir o que pode ser considerado como ativismo judicial. Sobre este mesmo tema do ativismo, será demonstrado que não existe um consenso em sua classificação, mas que esta depende do tempo e lugar a ser analisado. Uma relevante discussão sobre a Teoria da Reserva do Possível é demonstrada, bem como a possibilidade ou não da sua utilização quando da análise da legitimidade da intervenção judicial na esfera de atuação dos demais poderes da república. Por fim, será estudado o tema da intervenção judicial na atualidade, e suas possíveis consequências para a democracia.

Palavras-chave: Políticas públicas; Ativismo judicial; Reserva do possível.

The judicial leadership and public policy

Abstract: This study aims to analyze the judicial control of public policies. Thus, the doctrinal concept of these policies will be explained, and the delimitation of political harvest and develops. A brief overview of the division of powers is necessary, in order to better define what can be considered as judicial activism. About this same theme of activism, will be shown that there is no consensus on their classification, but it depends on the time and place to be analyzed. A relevant discussion on the possible Reserve Theory is demonstrated, as well as whether or not their use when analyzing the legitimacy of judicial intervention in the sphere of activities of the other two branches of government. Finally, the subject of judicial intervention at the present time will be studied, and their possible consequences for democracy.

Keywords: Public policy; Judicial activism; Possible reserve theory.

Normas de Publicação

1. Pré-condições: responsabilidade

Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais. O conteúdo expresso é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar ao Comitê Editorial assim que receber a aceitação. Não serão aceitos trabalhos produzidos por pesquisadores que não tenham o título de doutor ou estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores ou doutorandos. Podem ser aceitos mas não serão imediatamente publicados artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser preferencialmente enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900.

3. Preparação dos originais

O artigo deve conter folha de rosto com título; nomes completos dos autores; titulação acadêmica; afiliação institucional contendo o nome por extenso da instituição, cidade, estado e país; endereço de email e endereço físico para correspondência.

3.1. Apresentação

A preparação do texto deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman de tamanho 12, justificado, espaçamento um e meio entre linhas no corpo do texto, papel tamanho A4 (21 cm x 29,7 cm), margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm e extensão total de no mínimo 15 páginas e no máximo 30, não incluídos na contagem elementos pré (folha de rosto) e pós textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

OBS. Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português

1. título em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, em espaçamento simples entrelinhas;
2. Nome do autor à direita da página, duas linhas abaixo do título.
3. texto, de, no mínimo, 100 palavras e, no máximo, 200, contendo resumo do artigo, que indique seus objetivos, referencial teórico utilizado, resultados obtidos e conclusão, precedido da palavra RESUMO, em caixa alta, duas linhas abaixo do nome do autor, sem adentramento e em espaçamento simples;
4. palavras-chave, no mínimo três e no máximo de sete, separadas por vírgula, precedidas do termo PALAVRAS-CHAVE, em caixa alta, mantendo-se o espaçamento simples, duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, a Comissão Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;
5. Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta, bem como o nome dos autores alinhado à margem direita (um autor por linha), duas linhas abaixo do título e com asterisco remetendo a nota de rodapé para apresentação dos metadados do autor (um para cada autor). Esses metadados correspondem às seguintes informações, na ordem: instituição a que o autor está vinculado (nome por extenso e sigla); cidade; estado; país; email; indicação de qualquer financiamento relativo ao trabalho. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do nome do último autor, em espaçamento de um entrelinhas;
6. subtítulos correspondentes a cada parte do trabalho, referenciados a critério do autor, devem estar justificados, em negrito, com numeração, com um espaço de um depois do texto que os precede e na linha imediatamente acima do texto que os segue, com espaçamento de um;
7. Citações: Citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico

ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de um entrelinhas, sem o uso de itálico e nem de aspas.

As referências em nota de rodapé deverão indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a citação. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

8. Referências bibliográficas: sob o subtítulo REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS alinhado à esquerda, duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito e sem adentramento, devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas, separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto. Link ou número do DOI; ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (digital object identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto E no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página <http://search.crossref.org> para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado.

Exemplos:

Obra completa: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada): BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional

dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico: SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos. Sequência: estudos jurídicos e políticos. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. The American Journal of Bioethics. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021

4. Política e Diretrizes de Avaliação

Os artigos submetidos à revista Direito, Estado e Sociedade são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação;
- Titulação dos autores (pelo menos um coautor com o título de doutor ou cursando o doutorado);
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria

Em seguida, os artigos submetidos à avaliação por no mínimo dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. No caso de pareceres conflitantes, o Comitê Editorial poderá encaminhar o artigo a um terceiro avaliador externo.

O tempo médio para conclusão de uma avaliação varia de dois a três meses.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;
- Clareza na tese central do artigo;
- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo;
- Incorreções de ortografia, pontuação e gramática

