



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2015
ISSN 1516-6104

47

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; Paris, França); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal de Santa Catarina; Florianópolis – SC, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso Da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Pedro Chrismann (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 Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; 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/revistades/> 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 47 Julho-Dezembro 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 | Preconceito e Tolerância: Reflexões Acerca das Cotas Raciais nas Universidades
Prejudice and Tolerance: Reflections About Racial Quotas in Universities
Alessandra Barichello Boskovic e Katya Kozicki
- 32 | O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil
The Supreme Court and the Comparative Constitutional Law's Argument: an Empirical Reading from the Cases of Freedom of Expression in Brazil
Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques
- 64 | A Defense of Nonideal Theories of Justice
Uma Defesa de Teorias de Justiça Não Ideais
Daniela Goya-Tocchetto
- 91 | O Desencontro entre Direito à Informação e Direito à Verdade: Análise das Práticas da Controladoria-Geral da União
The Mismatch Between the Right to Information and the Right to Truth: An Analysis of the Practices of the Office of the Comptroller General of the Union
Marcio Camargo Cunha Filho
- 108 | Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch
Classic Legal Pluralism: the Contribution of Ehrlich, Gurvitch, and Santi Romano
Reginaldo de Souza Vieira

- 128 | A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância:
Um Esquema de Crítica Conceitual
*Dworkin's Criticism of Conventionalism and Its Relevance:
A Conceptual Criticism Scheme*
Ronaldo Porto Macedo Junior
- 156 | Pure Retributivism and the Problem of Psychopathy:
A Preliminary Investigation
Retributivismo Puro e o Problema da Psicopatia: Uma Investigação Preliminar
Thomas Nadelhoffer
- 181 | O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro:
Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de
Decisões do Supremo Tribunal Federal
*The "Accusatorial System" of Brazilian Criminal Procedure: Notes on the
Concept of Accusatorialism from the Federal Supreme Court's Decisions*
Vinicius Gomes de Vasconcellos
- 205 | De Quem Divergem os Divergentes:
Os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal
*Whom the Dissenters Dissent From:
Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court*
Virgílio Afonso da Silva
- 227 | **Notícias e informações/News and informations**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º 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.
- 239 | **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 47 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2015. Vemos materializadas neste novo volume pesquisas com qualidade acadêmica de excelência, que refletem multifacetados pontos de vista acerca de assuntos de extrema relevância no cenário jurídico contemporâneo. Além de revelarem a pluralidade das linhas de pesquisa do Programa, tais leituras podem abrir os caminhos para lançar luz a questões ainda não respondidas e para o suscitamento de novos e profícuos debates. Aproveitamos o ensejo também para lembrar que as submissões para a 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/>).

A nova edição se inicia com o artigo de Alessandra Barichello Boskovic e Katya Kozick, que se debruça sobre a complexa questão envolvendo a implementação das cotas raciais nas universidades brasileiras. A fim de se posicionarem quanto à legitimidade ou não do critério racial como norte das ações afirmativas, as autoras examinam cinco argumentos frequentemente levantados para abordar o tema. A partir da análise dos aspectos favoráveis e contrários, concluem o artigo defendendo a implementação das cotas raciais, sobretudo devido ao benefício que estas podem trazer ao promover a miscigenação étnica na sociedade brasileira e diminuir as desigualdades culturais.

A seguir, Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques desenvolvem seu artigo com o objetivo de verificar empiricamente quais são as peculiaridades que envolvem o uso do argumento de direito constitucional comparado no Supremo Tribunal Federal. Pode-se notar que a utilização do material comparatista por parte do STF vem se dando de maneira bastante acrítica, de forma que os juízes não demonstram interesse em articular qualquer espécie de reflexão sobre o que estão fazendo. Concluem que, em geral, a utilização do referido argumento pelo STF se dá de maneira descontextualizada e carente de metodologia, sendo necessária a realização de esforços intelectuais para se pensar na melhor maneira de se fazer uso do direito comparado.

O artigo de Daniela Goya-Tocchetto faz uma defesa de teorias de justiça não ideais, tendo como foco principal a análise, para posterior rejeição, dos argumentos contrários a uma incorporação mais ampla de evidências empíricas no desenvolvimento de teorias políticas filosóficas. Sua ideia é a de que os filósofos políticos não possuem embasamento suficiente para rejeitar os dados empíricos que vêm sendo produzidos pelas ciências naturais e sociais. Conclui com a afirmação de que as teorias normativas estão preocupadas com o comportamento *de fato* de instituições *reais* e de seres humanos *reais*, e não apenas o *suposto* comportamento de intuições *idealizadas* e de seres humanos *idealizados* em um mundo *hipotético*.

Já o artigo de Marcio Cunha Filho aborda a dissociação que o direito à informação vem sofrendo em relação ao direito à verdade. O autor ressalta que os principais órgãos responsáveis pela implementação do direito à informação, aqui incluindo a Controladoria Geral da União, têm deixado de levar em consideração um dos principais motivos para a promulgação da lei, qual seja, a de corrigir injustiças ocorridas no passado. Após demonstrar que a Lei de Acesso à Informação foi idealizada com a finalidade de concretizar o direito à verdade, demonstra que a atuação dos órgãos responsáveis por efetivá-la tem se desvinculado cada vez mais de seu objetivo originário. A referida lei acaba sendo percebida, em grande parte, como útil apenas para a fiscalização da utilização de recursos orçamentários.

Reginaldo de Souza Vieira trabalha com a ideia do pluralismo jurídico clássico, destacando algumas contribuições das teorias de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. Ressalta a contribuição do primeiro autor para o entendimento do direito como uma formulação espontânea da Sociedade. Quanto a Santi Romano, destaca o entendimento de que o direito não se

reduz à norma jurídica existente, sendo encontrado em cada organização social. Já no caso de Gurvitch, ressalta a relevância da sua teoria para o desenvolvimento da ideia de elaboração de políticas fundamentais para a coletividade, que fortaleçam a cidadania participativa.

O estudo de Ronaldo Porto Macedo se propõe a delinear um esquema conceitual da crítica formulada por Dworkin ao convencionalismo jurídico, trazendo à tona os principais elementos do *desafio dworkiniano* e as respostas que a ele foram oferecidas pelos convencionalistas. Após apresentar os significados acerca dos conceitos de convenção, convencionalismo e convencionalismo jurídico, apontando a importância que estes tiveram na formulação de uma concepção positivista do direito, e depois de explicitar casos paradigmáticos de desacordos teóricos que não são propriamente explicados por uma teoria jurídica comprometida com o convencionalismo jurídico, o autor se posiciona, demonstrando porque os esforços dos convencionalistas não foram bem-sucedidos.

Thomas Nadelhoffer demonstra, em sua pesquisa, a relevância da problemática envolvendo a psicopatia para a filosofia moral e para a filosofia do direito. Ele desenvolve o seu artigo partindo da teoria retributivista, tendo em vista considerá-la uma das teorias punitivas mais aceitas intuitivamente. Seguindo essa linha, o autor passa a desenvolver as possíveis alternativas que a teoria retributivista pode seguir para enfrentar as dificuldades levantadas pelas peculiaridades da psicopatia. Alega que não se pode mais negar que a psicopatia seja uma espécie de doença mental. Os filósofos, portanto, devem passar a focar em qual é a melhor teoria para acomodar as recentes descobertas que vêm sendo feitas a seu respeito.

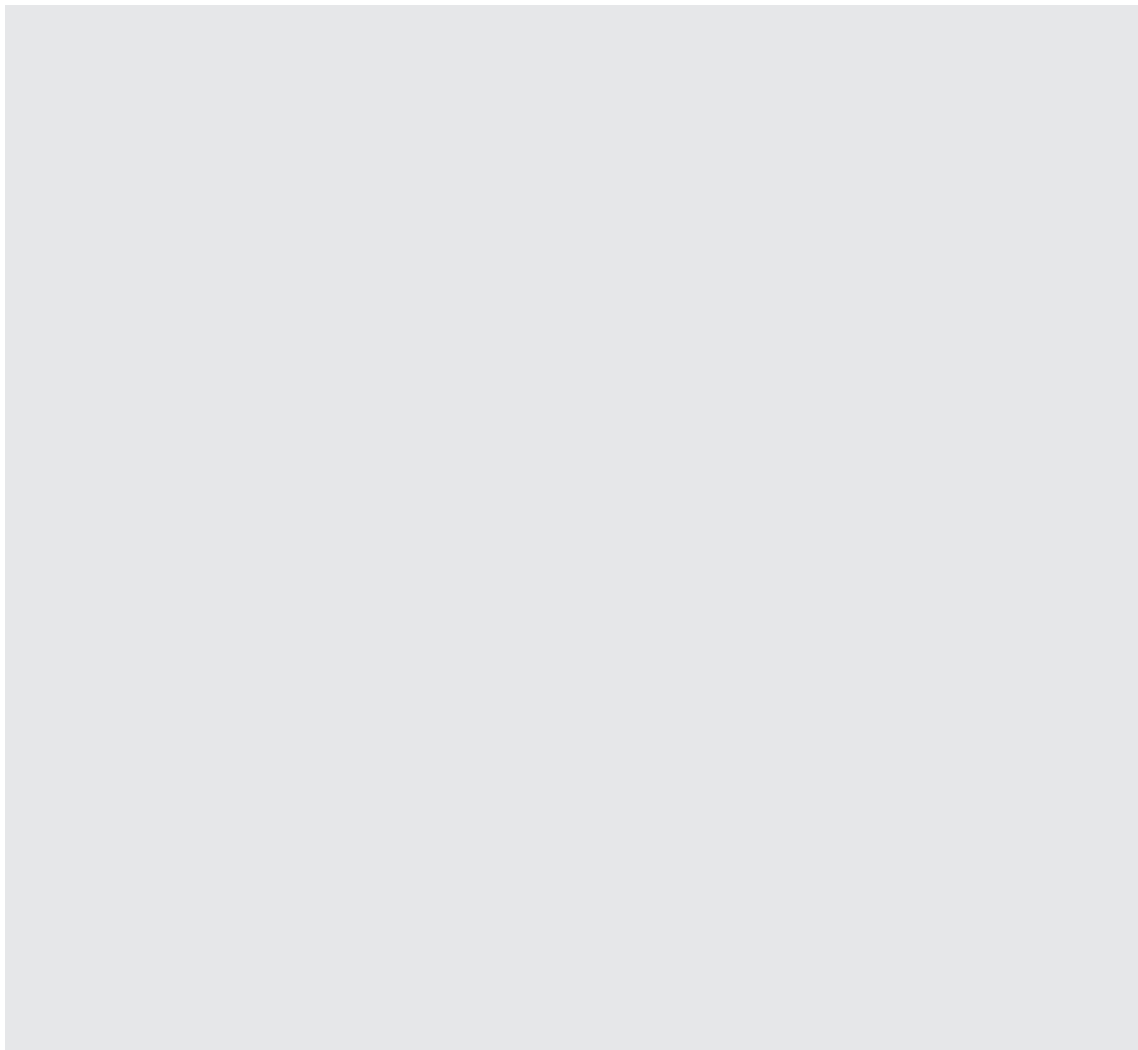
Vinicius Gomes de Vasconcellos, em seu artigo, analisa a posição que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao conceito de “sistema acusatório”. Para tanto, o autor faz um levantamento das decisões proferidas pelo STF entre os anos de 2010 e 2014 que envolvem o assunto pesquisado. Partindo da possibilidade de produção de provas por iniciativa do julgador como a característica central para a determinação de um sistema como acusatório ou inquisitivo, defende uma visão crítica em relação à relativização da separação das funções que vem ocorrendo nos julgamentos do STF por meio da autorização que vem sendo concedida ao julgador para atuar na formação do lastro probatório.

Já Virgílio Afonso da Silva nos ajuda a compreender o que os ministros do Supremo Tribunal Federal vêm pensando acerca da prática deliberativa

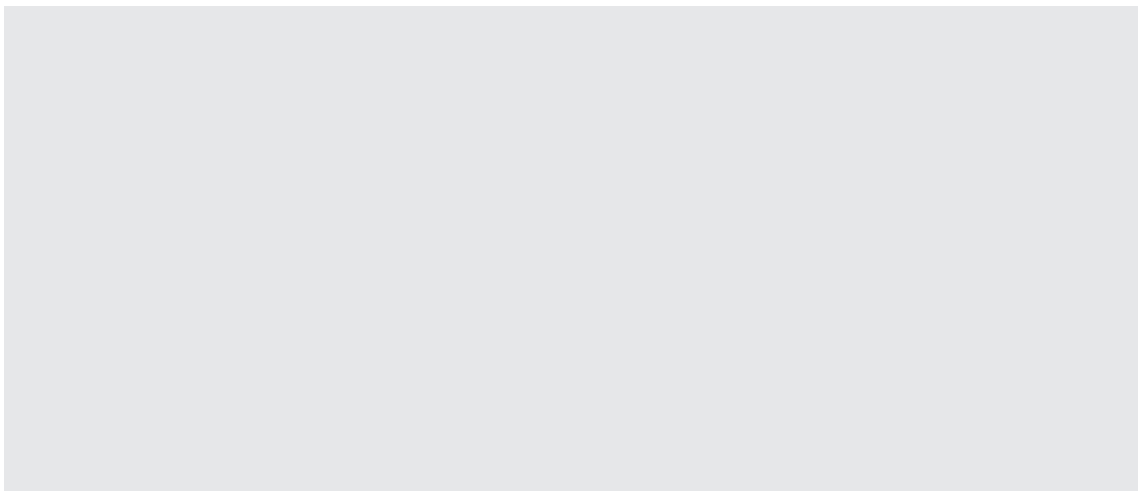
e decisória do tribunal. Para tanto, foram realizadas entrevistas, com foco nas decisões mais polêmicas do tribunal, com dezessete ministros e ex-ministros. O autor pode verificar que os ministros, de maneira geral, não veem problemas na forma de deliberação do STF. A grande quantidade de votos divergentes é vista muito mais como algo positivo do que negativo por parte dos ministros. Por mais que digam que um dos principais pontos negativos do julgamento seja o individualismo, parecem não o associar ao excesso de votos individuais.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2015 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Noel Struchiner
Editor Chefe



Artigos



Preconceito e Tolerância: Reflexões Acerca das Cotas Raciais nas Universidades

Prejudice and Tolerance: Reflections About Racial Quotas in Universities

Alessandra Barichello Boskovic*
Universidade Positivo, Curitiba-PR, Brasil

Katya Kozicki**
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil e
Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

1. Introdução

O que é racismo? Mais de um século após a abolição da escravatura no Brasil, é ainda necessário implementar medidas para combater a discriminação racial? As políticas criadas com este fim não acabam por aumentar a tensão racial já existente? Por que, dentre tantas possíveis ações afirmativas, a escolha de cotas raciais para ingresso nas universidades?

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2007), Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba (2009), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011) e Doutoranda em Direito pela mesma instituição. Visiting research scholar, Fordham University School of Law, Nova York (2015-2016). Professora do curso de Direito da Universidade Positivo. E-mail: alessandra.boskovic@gmail.com

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1986) e em Ciências Econômicas pela Faculdade Católica de Administração e Economia (1988). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993) e doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Visiting Researcher Associate no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres (1998-1999). Visiting research scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York (2012-2013). Atualmente é professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Bolsista de Produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: kkozicki@uol.com.br.

O presente ensaio examinará alguns dos principais argumentos jurídico-filosóficos presentes na discussão sobre as ações afirmativas raciais para ingresso de estudantes em universidades. A problematização que se pretende enfrentar pode ser resumida no seguinte questionamento: o critério racial como definidor de ações afirmativas (cotas nas universidades) é válido em uma sociedade como a brasileira?

Para embasamento deste trabalho adotaram-se como marcos teóricos os pensamentos de Norberto Bobbio, Michael Walzer e Robert Wolff. Na primeira seção, examinar-se-ão as características do preconceito e da discriminação segundo o pensamento de Norberto Bobbio; na segunda seção desenvolver-se-á a ideia de tolerância, com base na doutrina de Michael Walzer e Robert Wolff; a partir disso, na terceira seção, refletir-se-á acerca dos argumentos centrais ao debate sobre a adoção de cotas raciais nas universidades brasileiras.

2. Preconceito e discriminação

A reflexão sobre os argumentos favoráveis e contrários à adoção do critério racial para ações afirmativas – especificamente as cotas para ingresso em universidades, tema deste estudo – pressupõe inicialmente a ponderação acerca de um fator que antecede o debate central: o preconceito.

Esta primeira seção apresentará os elementos reflexivos necessários à efetiva compreensão do atual contexto social em que se insere grande parcela da população negra. Não se pretende, evidentemente, oferecer um ensaio extensivo que esgote todas as possíveis motivações – históricas, sociais ou até mesmo psicológicas – do preconceito e da discriminação, mas busca-se tão somente traçar o referencial básico que alicerçará a construção mental desenvolvida ao longo deste texto.

Segundo Renato Mezan, a psicanálise compreende o preconceito como um conjunto de crenças, atitudes e comportamentos que atribui uma característica negativa a um determinado grupo humano: “a característica em questão é vista como essencial, definidora da natureza do grupo, e portanto adere indelevelmente a todos os indivíduos que o compõem”¹.

No âmbito jurídico, Norberto Bobbio conceitua o preconceito como “uma opinião ou conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina

1 MEZAN, 1998, p. 226.

completa, que é acolhida acrítica e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos ordens sem discussão”².

A ideia de acolhimento de forma acrítica e passiva ocorre na medida em que se aceita a opinião sem verificá-la (seja por inércia, por respeito ou por temor). Ademais, esta aceitação se dá com tamanha força que a ideia resiste a qualquer refutação racional. Por isso se diz que o preconceito pertence à esfera do não racional.

O pertencimento à esfera das ideias que não aceitam se submeter ao controle da razão serve para distinguir o preconceito de qualquer outra forma de opinião errônea: o preconceito é uma opinião errônea tomada fortemente por verdadeira, mas nem toda opinião errônea pode ser considerada um preconceito. Bobbio resume: “em geral, pode-se dizer que se distinguem daquela opinião errônea em que consiste o preconceito todas as formas que podem ser corrigidas mediante os recursos da razão e da experiência”³.

Quando esta opinião errônea irracional representa o pensamento difundido em uma comunidade, está-se diante de um preconceito coletivo, cuja principal consequência é a discriminação, entendida como uma diferenciação injusta ou ilegítima.

Esta ilegitimidade ou injustiça presente na diferenciação discriminatória resulta da violação ao princípio fundamental da justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo desigual apenas aqueles que são efetivamente desiguais, e somente na justa medida desta desigualdade. Aos iguais, nada além de um tratamento igual pode ser admitido.

Para melhor compreensão da discriminação, analisam-se as três fases por meio das quais ela se desenvolve⁴. Inicialmente, a discriminação consiste em um mero juízo de fato, ou seja, na constatação da diversidade entre dois ou mais seres humanos. Não há nada de reprovável em um juízo de fato que verifica a existência de uma desigualdade, posto que as pessoas são de fato diferentes entre si. Da percepção desta diferença ainda não deriva – e não necessariamente derivará – um juízo discriminante.

O juízo discriminante necessita uma ponderação subsequente, não mais de fato, mas de valor. É preciso que, dentre dois grupos ou indivíduos

2 BOBBIO, 2002, p. 103.

3 *Ibid.*, p. 104.

4 BOBBIO, 2002, pp. 108-109.

os distintos, um seja tomado como bom, superior ou civilizado, enquanto o outro seja tido como mau, inferior ou bárbaro. Esta é a segunda etapa.

O processo de discriminação se completa em uma terceira fase. Com base no juízo de valor segundo o qual um grupo é superior a outro, podem derivar tanto o ideal de que o superior tem o dever de incentivar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização (como acontece, por exemplo, com os pais em relação a seus filhos pequenos) quanto a concepção de que o superior tem o direito de comandar – e massacrar – o inferior.

É apenas nesta segunda forma de conceber a relação entre superior e inferior que se pode falar de uma verdadeira discriminação, pois é ela quem sustenta que o grupo (ou a raça) superior deve comandar e o grupo inferior deve obedecer; que o primeiro deve dominar e o segundo ser subjugado; que o primeiro deve viver e o segundo deve morrer.

Existem diversas formas de discriminação. O exemplo mais relevante ao presente estudo é a discriminação racial. Mas esta não é a única. Pode-se mencionar, apenas a título ilustrativo e sem a pretensão de estabelecer um rol limitativo das possibilidades, a discriminação política (como se verificou na história recentíssima da política brasileira, acentuada na corrida presidencial em 2014, em que simpatizantes dos principais partidos políticos na disputa incorreram nas três fases da discriminação elucidadas por Bobbio – mas isso é tema para outro ensaio), a discriminação pessoal (quanto às pessoas com deficiências, por exemplo) e a discriminação social (com relação às diferentes classes sociais)⁵.

Algumas destas formas de discriminação são mais difíceis de serem superadas do que outras. Isso se deve ao fato de serem algumas delas baseadas em desigualdades naturais, enquanto outras se baseiam em desigualdades sociais.

Todos podem ver que a diferença entre um homem e uma mulher é natural, ao passo que a diferença linguística é social ou histórica. Tanto isso é verdade que um homem não pode se transformar em mulher e vice-versa (senão em casos excepcionais), mas um homem pode falar duas ou mais línguas [...] ⁶.

5 BOBBIO, 2002, p. 111.

6 *Ibid.*, pp. 108-109. Esta diferença entre desigualdades naturais e culturais, embora legítima, deve ser tomada com cautela. “Ela serve, porém, para que se compreenda que o preconceito é um fenômeno social, é o produto da mentalidade de grupos formados historicamente, e, como tal, pode ser eliminado” (BOBBIO, 2002, p. 114).

As desigualdades naturais são mais difíceis de superar do que as desigualdades culturais/sociais. Por isso mesmo, aqueles que resistem às reivindicações de maior igualdade são levados a considerar que as diferenças são, em sua maioria, naturais (e, como tais, dificilmente superáveis). Por outro lado, aqueles que lutam por uma maior igualdade tendem a considerar as diferenças eminentemente culturais.

Frequentemente o preconceito está calcado na sobreposição de uma desigualdade social a uma desigualdade natural. É o que se passa com a população negra. A diferença na coloração da pele entre negros e brancos é uma desigualdade natural, mas o estigma histórico imposto àqueles é uma desigualdade cultural⁷.

Não bastasse isso, Bobbio organiza as implicações do preconceito em três níveis, segundo o grau de gravidade ou de intensidade⁸, sendo que a população negra sofreu todos os três níveis.

O primeiro nível é o da discriminação jurídica, cujo principal efeito é a exclusão de alguns (indivíduos ou grupos de indivíduos) do gozo de certos direitos. Ilustra-se esta situação com o direito de voto: no Brasil o voto censitário foi suprimido pela Constituição de 1891, que passou a conceder tal direito aos homens maiores de vinte e um anos, desde que alfabetizados. Lembre-se, contudo, que a escravidão foi extinta no Brasil pela Lei Áurea em 1888, três anos antes. A população negra era, portanto, quase integralmente analfabeta.

O segundo nível do preconceito é a marginalização social. Exemplos são os bairros negros na cidade de Nova York, como o Harlem, ou as favelas que circundam algumas metrópoles brasileiras. Destaque-se que, nos Estados Unidos, até o advento do Ato dos Direitos Civis, em 1964, a segregação racial era autorizada em diversas regiões do país. Até mesmo o casamento interracial era proibido em alguns estados.

Por fim, o terceiro nível do preconceito é a perseguição política, entendida como o uso da força para acaçar um grupo minoritário. O extermínio dos judeus, perpetrado pelo regime nazista, é o mais dramático exemplo deste terceiro nível do preconceito. Quanto à população negra, destaca-se a Ku Klux Klan, organização nascida nos Estados após a guerra

7 De acordo com Erving Goffman, estigma é “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena” (GOFFMAN, 1988, p. 7).

8 *Ibid.*, p. 116.

civil com o objetivo de impedir a integração social dos negros recém-libertados e garantir a supremacia dos brancos. Embora tenha sido reconhecida como uma entidade terrorista e banida em 1872, em dois momentos do século XX (1915-1944 e 1950-1960) a organização retomou força e praticou uma série de atos bárbaros de extermínio.

Bandeira e Batista simplificam: “o preconceito, usualmente incorporado e acreditado, é a mola central e o reprodutor mais eficaz da discriminação e de exclusão, portanto da violência”⁹.

Quando o preconceito é fundado em questões étnico-raciais, conveniona-se denominá-lo racismo. Joel Santos pondera que o racismo se dá, primeiramente, pela suposição de que existem raças humanas e, a partir disso, pela vinculação de fenômenos puramente sociais e culturais a características bio-genéticas. Cria-se, assim, uma forma de justificar a dominação de um grupo sobre outro com base em diferenças fenotípicas da espécie humana. “Ignorância e interesses combinados, como se vê”¹⁰.

Para que se possa considerar uma ideologia (doutrina) racista, são necessárias três condições, que Bobbio denomina “postulados do racismo como visão de mundo”¹¹.

O primeiro postulado assevera que “a humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros”. Deste postulado derivam apenas uma política de separação e a condenação da mestiçagem.

O segundo postulado considera que “não só existem raças diferentes, como existem raças superiores e inferiores”. Embora oralmente reprovável, este postulado não teria, por si só, consequências negativas: poder-se-ia sustentar que, em um relacionamento entre raça superior e raça inferior, caberia à superior proteger, educar e ajudar a inferior, tal como ocorre com os pais e seus filhos pequenos.

Por fim, o terceiro postulado define que “não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis”.

9 BANDEIRA; BATISTA, 2002.

10 SANTOS, 1990, p.12.

11 BOBBIO, 2002, pp. 127-128.

Durante séculos a população negra foi considerada uma raça inferior à branca, condição que causou a sua dominação e escravidão. Historicamente, a relação entre a população negra e a branca foi marcada pela presença dos três postulados do racismo enunciados por Bobbio.

Diante disso, resta demonstrada a profunda relação existente entre a população negra e o preconceito racial. Neste sentido, mostra-se relevante o estudo de quaisquer medidas que possam frear ou amenizar o racismo. Todas elas partem da ideia de tolerância.

3. Tolerância

Robert Paul Wolff defende que “se o homem puder ser levado a acreditar que é positivamente útil à sociedade conter numerosas religiões, raças, estilos de vida, as sadias consequências do pluralismo poderão ser preservadas sem a doença do preconceito e da guerra civil”¹².

Segundo Wolff, o pluralismo é o modelo ideal de como a sociedade deveria ser moralmente organizada, seja de fato ou não – e não se pode conceber uma sociedade plural sem que haja tolerância às diversidades. Ele apresenta três diferentes argumentações acerca da necessidade e importância da tolerância que podem ser constatadas na história da discussão do pluralismo.

O argumento mais antigo remete ao período pré-industrial de embates religiosos entre católicos e protestantes, não-conformistas e anglicanos. Neste contexto histórico, a tolerância às práticas religiosas divergentes consistia em um “mal necessário, imposto a uma sociedade que ou não pode suprir a dissidência ou julga excessivamente altos os custos sociais da repressão”. A tolerância, nestes casos, não é uma virtude, mas um “remédio desesperado para uma doença que ameaça tornar-se fatal”¹³.

O segundo argumento apresenta o pluralismo como “meio moralmente neutro de perseguir fins políticos que não se podem alcançar através da democracia representativa tradicional.” Segundo essa visão, o ideal da democracia é o Estado de cidadãos, no qual cada homem faz as leis e a elas se submete (cada indivíduo desempenha um papel significativo, e não simplesmente simbólico). Este autogoverno autêntico, entretanto, é impossível na atual grande sociedade industrial organizada. “Oferece-se o

12 WOLFF, 1970, p. 30.

13 *Ibid.*, pp. 22-28.

pluralismo como solução: dentro dos grupos de pressão, que constituem a ordem social, ocorreria algo aproximadamente democrático”, e os grupos exerceriam pressão sobre os governantes eleitos, expondo a vontade de seus membros e negociando a acomodação de interesses. “Ao governo antepõe-se não uma massa de amorfos e ineficazes cidadãos privados, mas um sistema articulado de grupos organizados. O imediatismo, a eficácia, o envolvimento e, destarte, a participação democrática, são asseguradas ao indivíduo em suas associações econômicas, religiosas, étnicas, etc.”. Nesta sociedade de grupos de interesses concorrentes, a tolerância consiste justamente no reconhecimento voluntário do direito à existência e promoção dos interesses opostos¹⁴.

O terceiro argumento parte da ideia de que a personalidade humana está intimamente relacionada com o grupo social ao qual o indivíduo pertence: todas as pessoas estão naturalmente – e de forma irremediável e benéfica – ligadas aos grupos sociais em que vivem e com os quais se relacionam.

A tolerância desempenha papel ainda mais importante neste terceiro argumento do pluralismo. Isso se deve a duas posições antagônicas e indissociáveis: na grande sociedade, a multiplicidade de grupos é essencial ao sadio desenvolvimento do indivíduo; todavia, quanto mais forte o compromisso emocional do indivíduo com seu grupo, maior o risco de surgimento da intolerância. “Quanto mais ardentemente o homem disser ‘nós’, tanto mais friamente dirá ‘eles’. Da força individual que cada um retira do grupo nasce a debilidade social de ódio paroquial, isto é, a intolerância”¹⁵.

Em quaisquer argumentos que se possa defender à tolerância, entretanto, questão relevante que se impõe é refletir se ela própria não consistiria em uma forma de discriminação. John Gray diagnostica a questão:

A tolerância pressupõe, inevitável e intrinsecamente, um julgamento. Os objetos de tolerância são algo que se julga ruim. Quando se tolera uma prática, uma crença ou um traço de caráter, permite-se que exista algo que se julga ser indesejável, falso ou, pelo menos, inferior. A tolerância expressa a convicção de que, apesar de sua ruindade, o objeto de tolerância deve ser deixado de lado¹⁶. (tradução livre)

14 *Ibid.*, pp. 23-24.

15 WOLFF, 1970, p. 29.

16 GRAY, 2007, p. 28.

Neste mesmo sentido, Michael Walzer assevera que “tolerar alguém é um ato de poder; ser tolerado é uma aceitação da própria fraqueza”¹⁷. Nesta concepção, dever-se-ia buscar algo melhor do que a tolerância, tal como o respeito mútuo.

Bobbio, de outro vértice, argumenta que a tolerância possui um sentido negativo e um viés positivo. Em seu sentido negativo, a tolerância é a pura aceitação do erro, mas em sua aceção positiva, trata-se do respeito pela consciência alheia¹⁸.

Partindo-se desta ideia, cumpre consignar que o presente estudo, ao sustentar a tolerância às diversidades, o faz na significação positiva de Bobbio. Deste modo, defende-se que a tolerância é fundamental em uma sociedade pluralista. Mas, conforme demonstrar-se-á a seguir, tolerância, apenas, não basta.

4. Ações afirmativas raciais são necessárias

Existem contextos sociais em que a tolerância à diversidade não é suficiente. Tolerar pressupõe aceitar e respeitar o indivíduo ou grupo diferente, mas o que dizer das situações em que o preconceito já se estabeleceu? Quando existe intolerância, apenas apregoar a tolerância não é satisfatório.

John Gray explica que para aqueles que se inserem em um grupo minoritário, ser objeto de uma política de tolerância, tão somente, significa ser objeto de uma forma de desrespeito, desprezo ou perseguição, pois ela – a tolerância – não é suficiente para promover a igualdade com a sociedade em geral. O que é preciso para remediar esta discriminação seria não apenas a paridade de tratamento, mas uma forma de proteção diferenciada em relação à maioria¹⁹.

É necessária, portanto, a adoção de ações afirmativas, cujo objetivo imediato é a inclusão do grupo discriminado – normalmente uma minoria²⁰ – e a finalidade mediata é reverter o preconceito já instaurado naquela

17 WALZER, 1999, p. 69.

18 BOBBIO, 2002, pp. 149-151.

19 GRAY, 2007, p. 32.

20 Há uma exceção: os preconceitos anti-femininos. “Precisamente porque estes preconceitos interpostos entre o homem e a mulher dizem respeito à metade do gênero humano e não apenas a pequenas minorias, é de considerar que o movimento pela emancipação das mulheres e pela conquista, por elas, da paridade de direitos e das condições, seja a maior (eu estaria até mesmo tentado a dizer a única) revolução do nosso tempo” (BOBBIO, 2002, p. 115.)

comunidade. Nesse sentido, Flávia Piovesan assevera que “para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva”, na medida em que “a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão”²¹.

Todavia, em que pese toda forma de preconceito deva ser repudiada, existem situações em que a intolerância se mostra ainda mais prejudicial ao pluralismo social. Michael Walzer explica que “a intolerância em geral é mais virulenta quando diferenças de cultura, etnia ou raça coincidem com diferenças de classe – quando os membros de grupos minoritários também são subordinados economicamente”²².

Nestes contextos, as piores moradias, as piores escolas e os piores empregos são ocupados por estes indivíduos, que acabam constituindo uma classe mais baixa, marcada por sua etnia ou religião. Estes grupos são “tolerados em um sentido mínimo – permite-se que tenham seus locais de culto, por exemplo – mas ocupam rigorosamente a extremidade dos que recebem a tolerância”²³.

No Brasil, as condições sociais da população negra²⁴ encaixam-se no cenário da mais temerária forma de discriminação explicitada por Walzer: o grupo étnico coincide com o grupo menos favorecido economicamente.

Neste sentido, Roberta F. M. Kauffmann reconhece que a questão racial brasileira não se resume a um problema relativo à cor de pele ou à origem racial: “o efeito perverso da pobreza decorrente da escravidão foi transmitido por herança às gerações seguintes – trata-se do chamado efeito transgeracional da exclusão de origem.”²⁵

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2012, 22,1% dos jovens de cor branca com idade entre dezoito e vinte e quatro anos frequentavam o ensino superior. Dentre os jovens de cor negra ou parda, este percentual era de 9,6%²⁶. Esta diferença de escolaridade entre as populações de cores branca e negra ou parda influencia

21 PIOVESAN, 2008, p. 21.

22 WALZER, 1999, p. 74.

23 *Ibid.*, p. 75.

24 Nos termos do Estatuto da Igualdade Racial (art. 1º, Lei 12.288/2010), considera-se população negra “o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”.

25 KAUFMANN, 2007, p. 295.

26 IBGE, 2013a.

diretamente, embora não de forma isolada, na inserção destes grupos no mercado de trabalho²⁷.

O mesmo estudo do IBGE evidencia que 64% das pessoas de cor branca com dezesseis anos de idade ou mais possuíam empregos formais em 2012, ao passo que apenas 50,4% das pessoas de cor negra ou parda nesta mesma idade estavam empregadas. Por outro lado, a proporção de negros e pardos que exerciam atividades informais era de 49,6%, enquanto a de brancos era apenas de 36%²⁸.

Esta desigualdade no acesso à educação e ao mercado de trabalho formal reflete no poder econômico do grupo de cor negra ou parda. Dentre o 1% da população mais rica do Brasil, 81,6% são brancos e 16,2% são negros e pardos. No outro vértice, entre os 10% mais pobres, 23,5% são brancos e 75,6% são negros e pardos²⁹.

Diante deste retrato, a mera defesa da tolerância às diferenças, enquanto comportamento passivo, se mostra insuficiente. Faz-se necessária a adoção de políticas afirmativas que visem quebrar a vinculação existente entre o grupo racial e a classe social. Apenas a partir daí será possível uma verdadeira redução – quiçá eliminação – do preconceito à população negra.

Uma das possíveis formas de desvinculação do grupo racial com a classe social é a ampliação do acesso à educação³⁰. Indivíduos melhor qualificados tornar-se-ão, em regra, profissionais mais bem colocados no mercado de trabalho e isso refletiria no seu patamar remuneratório. A consequência a médio prazo seria, logicamente, o arejamento dos grupos sociais.

5. As cotas raciais nas universidades

Comumente são oferecidos cinco argumentos na discussão acerca da adoção de cotas raciais em universidades, dois em sentido desfavorável e três

27 Sabe-se que esta realidade não se restringe ao ensino superior. No mesmo período, os jovens de cor branca com idade entre 15 e 17 anos que frequentavam o ensino médio eram 62,9%, enquanto os jovens negros e pardos com as mesmas características eram 47,8%. Todavia, por uma questão de recorte metodológico, o presente estudo limita-se a discutir o âmbito do ensino superior. (*Ibid.*)

28 *Ibid.*, 2013b.

29 *Ibid.*, 2013c.

30 O presente ensaio limita-se a analisar as cotas raciais no ensino superior por ser este o recorte metodológico dado ao tema. Não se despreza a relevância do ensino de base.

em sentido favorável. Os argumentos contrários são (i) a dificuldade de determinação dos indivíduos que compõem um grupo étnico; e (ii) o enfrentamento de uma consequência sem atacar sua efetiva causa. Os argumentos favoráveis, por sua vez, consistem (iii) na necessidade de correção de distorções no processo seletivo padronizado; (iv) na compensação por erros do passado; e (v) na promoção da diversidade.

O primeiro argumento, desfavorável à adoção do critério racial para fixação de cotas, baseia-se na dificuldade de determinação dos indivíduos que compõem um grupo étnico. É nas sociedades multiculturalistas que a tolerância é mais necessária, mas é também nestas sociedades que, segundo John Gray, as ideias radicais de igualdade e discriminação positiva são mais infelizes.

As cotas raciais vão de encontro a um dos fatos mais característicos do pluralismo e da modernidade: a herança étnica de grande parte da população é bastante complexa. Nas modernas sociedades ocidentais pluralistas, políticas que resultem na criação de direitos de grupo são inevitavelmente infectadas com arbitrariedade e, conseqüentemente, com inequidade. Isso porque a escolha dos grupos que serão favorecidos é arbitrária, tanto quanto é arbitrária a escolha dos critérios para determinação dos indivíduos que pertencem àquele grupo³¹.

Esta crítica se aplica perfeitamente ao caso brasileiro, em que a diversidade e miscigenação da população são mundialmente reconhecidas. Kabengele Munanga explica que “com os estudos da genética, por meio da biologia molecular, mostrando que muitos brasileiros aparentemente brancos trazem marcadores genéticos africanos, cada um pode se dizer um afro-descendente. Trata-se de uma decisão política”³². Ademais, como bem assevera Ali Kamel, “raças não existem. Nos últimos trinta anos, este é o consenso entre os geneticistas: [...] os homens são todos igualmente diferentes”³³.

O segundo argumento contrário às cotas é apontado por Carlos da Fonseca Brandão: a criação do sistema de cotas raciais para acesso às universidades trata uma consequência, e não a causa efetiva do problema³⁴.

31 GRAY, 2007, p. 35.

32 MUNANGA, 2004.

33 KAMEL, 2006, p. 43.

34 BRANDÃO, 2005, p. 97.

Não há como se refutar esta constatação, na medida em que trata-se de uma assertiva absolutamente verdadeira. Arrisca-se, contudo, propor uma reflexão por meio de uma metáfora bastante simples.

Sabe-se que dores de cabeça são, muitas vezes, sintomas de debilidades em outras partes do corpo humano. Um indivíduo que sofra de sinusite, por exemplo, muito provavelmente terá tais dores de cabeça. Nestes casos, há que se tratar a sinusite – causa efetiva do problema – com os medicamentos apropriados, mas tal tratamento não impede, por exemplo, a ingestão de um analgésico para amenizar as dores de cabeça, em que pese sejam apenas uma consequência do problema principal.

Em se tratando das cotas raciais, poder-se-ia firmar o mesmo raciocínio. As ações afirmativas nestes casos podem não atacar o problema principal, mas ajudam a amenizar algumas de suas consequências de forma bastante efetiva.

Passando-se à análise dos pontos favoráveis às cotas, o terceiro argumento questiona a legitimidade do exame vestibular para mensurar o potencial acadêmico do candidato. Um aluno que tenha frequentado um colégio público de baixo ou médio rendimento, se comparado a um aluno que tenha concluído os estudos de base nas melhores escolas, muito provavelmente apresentará resultados inferiores no teste seletivo para ingresso na universidade. Isso não significa, contudo, que os alunos com maior pontuação serão aqueles com efetiva maior aptidão acadêmica.

Em alguns contextos, inclusive, pode significar justamente o contrário: uma média 8,0 no exame vestibular obtida por um estudante que tenha frequentado escolas públicas de baixo rendimento significa mais do que esta mesma média 8,0 obtida por um estudante que tenha estudado nas melhores instituições. O potencial do primeiro é certamente maior do que o do segundo. Michael Sandel ilustra:

Em 1951, um candidato ao programa de doutorado da Faculdade de Teologia da Universidade de Boston obteve notas medíocres na prova de graduação. O jovem Martin Luther King, que viria a ser um dos maiores oradores da história americana, teve uma avaliação abaixo da média em aptidão oral. Felizmente, foi admitido mesmo assim³⁵.

35 SANDEL, 2012, p. 211.

Por este argumento, portanto, sustentar-se-ia facilmente a reserva de vagas para estudantes pertencentes a grupos economicamente pouco favorecidos ou oriundos de escolas públicas. Talentos que não tiveram os recursos necessários ou as oportunidades adequadas para desenvolvimento poderiam ser resgatados e aprimorados no ensino superior. Mas em que medida o critério racial poderia ser justificado sob esta ótica?

O quarto argumento, também favorável, sustenta a ação afirmativa como uma forma de compensar injustiças praticadas no passado: os estudantes pertencentes à população negra devem ter preferência em relação aos demais para compensar o histórico de discriminação que os coloca em situação de inferioridade.

Entretanto, este argumento compensatório é alvo de uma relevante crítica: os indivíduos beneficiados pela política afirmativa nem sempre são aqueles que sofreram a discriminação; de outro lado, os indivíduos que arcam com os custos (não necessariamente econômicos) destas medidas raramente são os responsáveis pelas injustiças que devem ser reparadas³⁶.

É razoável que um indivíduo de cor branca não seja admitido em uma universidade para que, com a mesma pontuação no exame seletivo (ou até inferior), um outro, de cor negra, seja? Seria aquele indivíduo (de cor branca), em alguma medida responsável pelas atrocidades cometidas por seus longínquos ascendentes no período da escravidão?

Michael Sandel remete esta análise ao conceito de responsabilidade coletiva³⁷. Para tanto, duas linhas de pensamento devem ser examinadas: as concepções voluntarista e narrativa do indivíduo.

Para a concepção voluntarista, fundada no pensamento individualista moral, ser livre significa submeter-se apenas às obrigações que voluntariamente tenham sido assumidas:

A concepção de que nossas responsabilidades limitam-se àquelas que deliberadamente assumimos é libertadora. Ela presume que somos, como agentes morais, seres livres e independentes, livres das limitações de restrições morais preestabelecidas e capazes de definir sozinhos nossos objetivos. A origem das únicas obrigações morais a que devemos obedecer é a livre escolha de cada indivíduo, e não o hábito, a tradição ou a condição que herdamos³⁸.

36 KAUFMANN, 2007, p. 293.

37 SANDEL, 2012, p. 212.

38 *Ibid.*, p. 264.

Esta visão de liberdade se fecha para a responsabilidade coletiva e, por consequência, para o dever de arcar com as consequências morais das injustiças históricas praticadas no passado por outros indivíduos.

Por esta perspectiva, a adoção de cotas raciais para ingresso nas universidades caracterizaria uma injustiça: os candidatos que não se inserem no critério de reserva de vagas e que, portanto, são preteridos pela política afirmativa em análise, não são responsáveis pela história de preconceito e discriminação sofrida pela população negra.

De outro lado, a concepção narrativa do indivíduo, formulada por Alasdair MacIntyre, concebe os seres humanos como seres contextualizados em uma narrativa. Somente se pode responder à indagação “o que devo fazer?” se antes for possível rebater outra pergunta: “de que história ou histórias faço parte?”. Nesse contexto, o entendimento da narrativa da vida individual pressupõe a sua compreensão enquanto elemento de histórias das quais indivíduo faz parte³⁹.

Segundo esta visão narrativa, a perspectiva voluntarista erroneamente presume que o indivíduo possa ser dissociado de seus papéis e condições histórico-sociais. Para MacIntyre, as pessoas já nascem com um passado, e suas histórias estarão sempre entretidas na história das comunidades a que pertencem.

Desta forma, em que pese os atuais candidatos ao ingresso nas universidades não tenham pessoalmente praticado as injustiças do passado, são eles herdeiros da responsabilidade de tentar repará-las. Neste sentido, as políticas afirmativas raciais – tais como as cotas – seriam não apenas justas, como moralmente mandatórias.

O quinto argumento, ainda na linha de defesa às cotas, é o da diversidade. Esta reflexão independe do complexo entendimento acerca da responsabilidade coletiva ou de qualquer demonstração de que o indivíduo favorecido pela medida afirmativa tenha sido, pessoalmente, vítima de uma discriminação. Não se trata, aqui, de uma reparação ou recompensa, mas sim de uma forma de alcançar um objetivo socialmente mais importante.

O princípio da diversidade se justifica em nome do bem comum – o bem comum da própria faculdade e também da sociedade em geral. Primeiro, defende que um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes

39 MACINTYRE, 2001, pp. 200-210.

aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes. Assim como um corpo discente cujos componentes pertencessem a uma só área do país limitaria o alcance das perspectivas intelectuais e culturais, o mesmo aconteceria com um corpo estudantil que refletisse homogeneidade de raça, etnia e classe social. Em segundo lugar, o argumento da diversidade considera que as minorias deveriam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, porque isso viria ao encontro do propósito cívico da universidade e contribuiria para o bem comum⁴⁰.

Os críticos a este argumento sustentam que o favorecimento racial não tornará a sociedade mais diversificada ou reduzirá as desigualdades e preconceitos, mas, pelo contrário, intensificará as tensões raciais e provocará revolta dos grupos étnicos minoritários não contemplados pela ação afirmativa.

Neste contexto, há que se questionar qual é o propósito da universidade: “Que virtudes ou excelências as universidades efetivamente valorizam e recompensam?”, indaga Sandel⁴¹.

Aqueles que acreditam que as universidades existem para exaltar e premiar apenas a excelência acadêmica provavelmente rejeitarão as cotas raciais. Entretanto, os que creem que as universidades existem também para promover determinados fins cívicos possivelmente defenderão as ações afirmativas.

Neste contexto, Ronald Dworkin ressalta que um comum mal-entendido popular é a crença de que todos os grupos raciais e étnicos teriam direito a ações afirmativas pelo simples fato de serem minoria numérica:

[...] eles supõem que grupos raciais ou étnicos têm direito a quotas proporcionais de oportunidade, de modo que as minorias italianas ou polonesas, na teoria, têm direito às quotas proporcionais como os negros, chicanos ou índios têm direito às quotas que os atuais programas lhes oferecem. Isso é um erro óbvio: os programas não se baseiam na ideia de que os que recebem auxílio têm direito a auxílio, mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional ⁴².

40 SANDEL, 2012, p. 213.

41 *Ibid.*, p. 238.

42 DWORKIN, 2000, p. 443.

Oferece-se aqui um sexto argumento, não tão presente no debate em tela mas bastante poderoso: é preciso combater o preconceito de dentro para fora mas também de fora para dentro. Explica-se. Mesmo a pessoa mais livre de preconceitos raciais está habituada a uma realidade (corroborada pelos dados do IBGE apontados anteriormente) em que os indivíduos com mais baixa escolaridade e nível econômico são, em sua maioria, negros. As profissões menos valorizadas costumam ser ocupadas por uma maioria negra. Muitos dos moradores de rua e pequenos delinquentes são negros⁴³.

A permanente coincidência do grupo racial com a classe econômica e cultural mais baixa leva a associações equivocadas – e preconceituosas, na medida em que são irracionais – tais como “negro pobre”, “negro burro” ou “negro bandido”.

O preconceito deve ser combatido de dentro para fora, no sentido que a população deve ser educada e conscientizada de que a desigualdade é apenas natural, ou seja, não transcende à cor da pele. Mas isso não é suficiente. É preciso combater o preconceito de fora para dentro, ou seja, modificando a realidade que dá ensejo à desigualdade cultural.

As ações afirmativas raciais se justificam na medida em que a coincidência entre o grupo racial e o grupo econômico precisa ser desfeita. No momento em que as pessoas ocupantes das atividades profissionais menos valorizadas, com menor renda e escolaridade, sejam negras e brancas em semelhante proporção, a desigualdade cultural se esfacelará.

Walzer simplifica: “o objetivo da ação afirmativa ou da discriminação inversa na admissão de estudantes nas universidades, seleção de funcionários públicos e alocação de verbas do governo é quebrar o vínculo entre classe e grupo”⁴⁴.

Ao assegurar o ingresso de estudantes negros nas universidades, a política afirmativa oportuniza a presença de pessoas negras em profissões que historicamente são predominantemente ocupadas por brancos, de forma que as próximas gerações percebam com maior naturalidade a diversidade.

43 Um estudo conduzido por Sergio Adorno em 1996 demonstrou que enquanto 68,8% dos réus negros foram condenados em ações criminais, a proporção de réus brancos foi de 59,4%. Isso se explica, ao menos em parte, pela já mencionada coincidência do grupo racial com a classe econômica menos favorecida: 61,9% dos réus negros dependem da assistência judiciária gratuita proporcionada pela Defensoria Pública e dativa, ao passo que apenas 39,5% dos réus brancos tem esta necessidade (ADORNO, 1996).

44 WALZER, 1999, p. 77.

Desta maneira, de acordo com Dagoberto José Fonseca,

as ações afirmativas não estão fundadas em princípios revolucionários ou na constituição de uma nova ordem baseada em separações. Ao contrário, fundamentam-se na lógica da unidade e na diversidade de talentos para produção cada vez maior de profissionais qualificados para atender o mercado⁴⁵.

Analisando as ações afirmativas raciais nas universidades norte-americanas, Dworkin afirma que os programas estão baseados em dois juízos: um relativo à teoria social e outro concernente a um cálculo de estratégia⁴⁶.

No que concerne à teoria social, Dworkin argumenta que a sociedade continuará intoxicada com as divisões raciais enquanto as carreiras mais rentáveis, gratificantes e respeitadas continuarem a ser privilégio da população de cor branca, e enquanto os demais sentirem-se sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social.

Quanto ao cálculo de estratégia, Dworkin sustenta que na medida em que aumentar o número de negros ocupantes de melhores colocações profissionais, reduzir-se-á o sentimento de frustração, injustiça e opressão racial presente em grande parte da comunidade negra. Esta mudança de percepção pela própria população negra terá papel importante no processo de integração racial e arejamento das classes sociais.

O objetivo, portanto, é a miscigenação social, no sentido de igual distribuição dos grupos étnicos dentre as camadas sociais. Quando este objetivo for alcançado, então as ações afirmativas terão cumprido sua finalidade e deverão ser extintas – ou reduzidas ao mínimo necessário para manutenção do resultado. Isso porque o princípio fundamental da justiça assegura, como regra geral, tratamento igual aos iguais, restringindo a possibilidade de tratamento desigual apenas àqueles que efetivamente o forem, na exata medida desta desigualdade.

Quando a desigualdade cultural for extinta, a desigualdade natural passará a ser melhor assimilada – como o é com relação às mulheres e homens, por exemplo. Neste contexto, a manutenção integral do tratamento desigual (ações afirmativas) poderá provocar uma nova desigualdade cultural, em sentido inverso. Neste momento, portanto, caberá uma nova

45 FONSECA, 2009, p. 127.

46 DWORKIN, 2000, p. 438.

reflexão para ponderar se persiste – ou não – a necessidade de uma ação afirmativa de menor abrangência para manutenção do resultado (tal como ocorre com as mulheres ainda na atualidade⁴⁷).

6. Considerações finais

Após um balanço entre os aspectos favoráveis e contrários às cotas raciais para ingresso em universidades, parece-nos bastante claro que estas ações afirmativas devem, sim, ser implementadas.

Ainda que tais políticas não sejam imunes a críticas (bastante coerentes e fundamentadas, diga-se), o benefício central de desvinculação do grupo étnico à classe econômica é inegável.

Neste sentido, existem no Brasil dois diplomas legais relevantes no que tange às cotas raciais nas universidades: o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) e a Lei de Cotas (Lei 12.711/2012).

O Estatuto da Igualdade Racial conceitua discriminação racial ou étnico-racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência pautada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, cujo objetivo seja “anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” (artigo 1º, parágrafo único, inciso I).

Já a desigualdade racial é conceituada como “toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica” (artigo 1º, parágrafo único, inciso II).

Diante disso, o Estatuto prevê políticas de combate ao racismo e à discriminação nas mais diversas esferas sociais: moradia, educação, cultura, religião, dentre outras. Para tanto, a Lei determina a implementação de ações afirmativas, conceituadas nela própria como “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (artigo 1º, parágrafo único, inciso VI).

47 Conforme já mencionado neste texto, a Lei n.º 9.504/97, alterada pela Lei n.º 12.034/09, assegura às mulheres trinta por cento, no mínimo, das vagas para candidatura ao Poder Legislativo.

A Lei de Cotas, por sua vez, estabelece que as universidades públicas federais deverão reservar no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parte destas vagas serão destinadas a candidatos autodeclarados negros, pardos e indígenas, em proporção à população destes grupos na unidade da Federação onde está instalada a instituição. Esta política será implementada gradativamente até o ano de 2016.

Atenta à necessidade de revisão periódica das ações afirmativas para acompanhamento de seus resultados e avaliação acerca da necessidade de sua manutenção, a Lei de Cotas estabelece que após dez anos, contados de sua publicação, o Poder Executivo promoverá a revisão do programa⁴⁸.

Desta feita, observa-se que as normas que regem o sistema de cotas a alunos negros nas universidades brasileiras coaduna-se às reflexões desenvolvidas no presente estudo. Acreditamos que o critério racial não apenas é válido para o estabelecimento de cotas para ingresso nas universidades, como também é um necessário fator de miscigenação étnica da sociedade brasileira.

Referências Bibliográficas

- ADORNO, Sergio. Violência e racismo: discriminação no acesso à justiça penal. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; QUEIROZ, Renato da Silveira (Org.). *Raça e diversidade*. São Paulo: Edusp/Estação Ciência, 1996.
- BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 10, n. 1, pp. 119-141, Jan. 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros ensaios*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2002.
- BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na Universidade Pública Brasileira – Será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

48 Lei n.º 12.711/2012, art. 7º. O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.

- FONSECA, Dagoberto José. *Políticas públicas e ações afirmativas*. São Paulo: Selo Negro, 2009.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- GRAY, John. *Enlightenment's Wake: politics and culture at the close of the modern age*. New York: Taylor & Francis e-Library, 2007.
- IBGE. Tabela 3.5. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013a.
- _____. Tabela 4.14. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013b.
- _____. Tabela 5.8. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013c.
- KAMEL, Ali. *Não somos racistas. Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.
- MEZAN, Renato. *Tempo de muda: ensaios de psicanálise*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.
- MUNANGA, Kabengele. A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil. In: *Instituto de estudos avançados da Universidade de São Paulo*. vol. 18. n. 50. São Paulo: Jan./Abr. 2004, pp. 51-66.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANTOS, Joel. A questão do negro em sala de aula. São Paulo: Ática, 1990.
- SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito no Brasil contemporâneo: as pequenas diferenças na constituição das subjetividades. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 23, n. 2, pp. 2-5, Junho 2003.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WOLFF, Robert. Além da tolerância. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1970.

Recebido em 1º de julho de 2015

Aprovado em 28 de janeiro de 2016

O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil

*The Supreme Court and the Comparative Constitutional Law's Argument: An Empirical Reading from the Cases of Freedom of Expression in Brazil**

Cecilia Caballero Lois**

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Gabriel Lima Marques***

Universidade Federal do Amapá – UNIFAP, Macapá-AP, Brasil

1. Introdução

Se no passado, conforme a lição de Weinrib¹, o uso do direito constitucional comparado esteve praticamente restrito aos processos de edição de novas cartas políticas², nos dias correntes é bem certo que a prática de se referir a experiências estrangeiras passou a também ser encontrada de

* A pesquisa que deu origem a este artigo teve financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior no âmbito do Projeto Conjunto de Cooperação em Pesquisa: Limites e Possibilidades da Eficácia da Prestação Jurisdicional no Brasil (Edital 020/2010/CAPES/CNJ).

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pesquisadora de Produtividade do CNPQ. Pesquisadora do Projeto CNJ/CAPES, equipe UFRJ. E-mail: cecilialois@gmail.com.

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Especialista em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – ENSP da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor (40H/DE) de Direito Constitucional da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP. Advogado. E-mail: gabriel-marques@hotmail.com.

1 2002, pp. 3-4.

2 Isso não quer dizer que tal prática tenha encontrado seu fim, em verdade, ela continua ainda hoje sendo muito importante, bem como extremamente corriqueira. Só que somada a esta agora, chama a atenção também a rica atividade do uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes (CHOUDHRY, 2006, p. 13).

modo regular nos domínios da jurisdição constitucional, seja vinculada a tradição jurídica do *common law*³, seja pertencente à família romano-germânica⁴.

Tais tribunais, através de um processo de justificação discursiva⁵, vêm se apropriando do material comparado assim como se faz com os conselhos de alguém mais experiente, para tomar decisões⁶ sobretudo em casos que envolvam questões de natureza complexa⁷. Quer dizer, quando uma corte se encontra diante de dissensos nos quais os materiais jurídico-positivos não conseguem dar conta⁸, o elemento forasteiro, durante o progresso da tarefa interpretativa, acaba funcionando, por consequência, como um importante argumento de persuasão⁹.

Considerando aí a importância da opção que é feita caso a caso pelos magistrados no sentido de se valer deste recurso, este artigo tem por objetivo justamente compreender como tal fenômeno se delinea no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Antes, porém, de darmos prosseguimento à análise dos elementos recolhidos pela pesquisa que se procurará expor na

3 Este grupo, aliás, como salienta Andrea Lollini (2012, p. 56), está até mesmo mais habituado com este tipo de atividade, já que desde o século XIX, até boa parte ainda do século XX, países hoje como Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Índia, Hong Kong, Canadá, e outros da região do Caribe, antigas colônias e domínios do então Império Britânico, estiveram submetidos à jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom*, corte final de apelação para casos da órbita do Direito privado, e que tinha como prática o uso do referencial comparado.

4 Cf. PEGORARO, 2008, pp. 406-407.

5 Por este tipo de processo, leia-se, o ato de juízes se utilizarem argumentativamente das experiências estrangeiras, discutindo-as, analisando-as, distinguindo-as, ou ainda as tomando emprestado, de modo a justificarem uma posição por eles adotada (HARDING, 2003, p. 425).

6 Cf. BRUDNER, 2004, p. VIII.

7 Também conhecidos como *hard cases*, o que segundo David Fontana (2001, p. 558) significa “[...] os casos nos quais um novo problema é apresentado a corte, e onde ainda que as fontes apontem em uma determinada direção, não houve ainda nenhuma experiência prática de como uma decisão em uma direção ou em outra vai funcionar [...]”.

8 Cf. TUSHNET, 1999, pp. 1230-1231; CHOUDHRY, 2006, p. 4.

9 Aqui é importante destacar, à luz do que pontua Christopher McCrudden (2000, p. 502), a diferença que existe entre argumento de autoridade e argumento persuasivo. Enquanto em relação ao primeiro, o juiz deve aplicar e seguir, sendo por ele, até mesmo, limitado, o argumento persuasivo por outro lado, não o vincula. É o que, aliás, também aponta Frederick Schauer (2008, pp. 1931-1936), com a diferença, porém, de que o argumento persuasivo para o autor seria chamado de “razão substantiva”, enquanto que o argumento de autoridade, nomeado de “razão independente de conteúdo”. No que toca a “razão substantiva”, esta seria como o fato das pessoas olharem para os dois lados, antes de atravessarem as ruas, em razão de não quererem ser atropeladas. A segurança é uma razão substantiva. Já, quanto a “razão independente de conteúdo”, esta em contraste, seria semelhante a uma criança que obedece seu pai ou sua mãe que lhe diz, “por que eu disse” não por que compreende as razões substantivas de tal determinação, mas sim por que seus pais assim lhe ordenaram.

sequência, revela-se apropriado em uma primeira oportunidade apresentar sucintamente o porquê de serem utilizados aqui os casos de liberdade de expressão, enquanto pano de fundo para se perceber de que forma o Supremo Tribunal Federal, através de seus ministros, se porta quando estes se utilizam do constitucionalismo comparado para a resolução das questões que lhes são colocadas.

Assim, embora se mostre possível a abertura de diversas e numerosas frentes de investigação, sendo a liberdade de expressão, na linha pontuada por Waldron,¹⁰ um direito que se encontra incorporado ao rol do grupo de questões a que ele nomeia como sendo de controvérsias políticas substantivas¹¹, a mesma por consequência vem se desvelando enquanto um espaço propício e fértil para a presença de desacordos¹².

Em tais situações, onde no geral o texto constitucional, as teorias existentes, e os precedentes jurisprudenciais, não conseguem dar conta do litígio posto, a utilização de referências estrangeiras de natureza constitucional tem figurado enquanto uma ferramenta de uso recorrente adotada pelos mais variados tribunais ao redor do mundo¹³, razão pela qual se entendeu aqui ser oportuna a realização de um recorte temático em seus contornos¹⁴.

Acontece que, posicionada esta consideração de caráter propedêutico, na sequência, o questionamento que se imputa a ser perseguido passa por outro lado, pela necessidade de se revelar como fora conduzida a pesquisa

10 1999, pp. 227-228.

11 Leia-se, problemas de natureza complexa nos quais normalmente há uma divergência razoável entre os cidadãos. Tais questões envolvem, dúvidas, por exemplo, a respeito dos limites da liberdade de expressão, tais como a natureza das restrições, o escopo e a extensão das mesmas, bem como, sobre a sua duração.

12 Cf. CHOUDHRY, 1999, p. 941.

13 Apenas para que se tenha uma visão panorâmica desta afirmação, em três importantes textos que se esmeram por refletir à respeito do uso do material estrangeiro no âmbito da interpretação do Texto Magno, quais sejam, o “*The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*” (2012), do jurista Gabor Halmai, o “*Refined Comparativism in Constitutional Law*” (2001), da autoria de David Fontana, além do “*Globalization in Search of Justification*” (1999), escrito por Sujit Choudhry, em todos, inúmeros foram os casos citados da jurisprudência norte-americana, canadense, israelense, e alemã, onde a matéria em discussão era justamente a liberdade de expressão.

14 Ora, além de todas as democracias constitucionais terem virtualmente como objetivo a proteção da liberdade de expressão, as mesmas acabam enfrentando semelhantes conflitos quando a liberdade de expressão se choca com outros valores constitucionais, incluindo aqui, por exemplo, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, e a intimidade. Desta forma, considerações sobre como outras nações reconciliaram esses concorrentes – e conflitantes – valores, acabam nestes domínios sendo vistos pelos juízes enquanto capazes de fornecer importantes *insights* para o regime constitucional doméstico da liberdade de expressão, no qual os mesmos se encontram insertos (KROTOSZYNSKI, 2006, p. XIV).

que aqui se intenta relatar seus resultados. Neste sentido, pode-se dizer que inquietações como: o conceito de liberdade de expressão, os procedimentos de busca e seleção adotados nesta pesquisa, bem como as ponderações acerca das singularidades que particularizam o uso do material alienígena pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) serão questões a serem respondidas, a fim de organizar os próximos itens para uma compreensão global do estudo.

2. Desenvolvimento da pesquisa e primeiras observações

A presente investigação se deu a partir da seleção, leitura e compilação de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), nos quais constasse o tema da liberdade de expressão enquanto matéria em debate. Como não há uma definição unívoca¹⁵ do significado e da abrangência deste direito fundamental¹⁶, vale destacar, para que fosse alcançado êxito no curso da pesquisa a que se propôs aqui desenvolver acabou se mostrando necessária a adoção de uma metodologia que permitisse a condução do estudo de modo, tanto mais completo, como também o mais racional possível.

Desta forma, levando-se em conta ao mesmo tempo os núcleos do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, e dos artigos 5º, inciso IV¹⁸, e 220¹⁹, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰, foram consultadas no sítio do STF constante da internet e a partir da aba jurisprudência, as seguintes palavras-chave: “liberdade de manifestação de pensamento”, “liberdade de expressão”, “liberdade de opi-

15 Não é a toa que Jonas Machado (2002, p. 370) emprega a este direito a expressão “direito-mãe”, já que abrange em seu conteúdo inúmeros tipos de liberdades comunicativas.

16 Muito em razão também, de como salienta Adrienne Stone (2011, p. 406), existir uma multiplicidade de termos à que as constituições ao redor do mundo se valem para expressar esse direito, tais como “liberdade de discurso”, “liberdade de expressão”, “liberdade de comunicação”, dentre tantos outros.

17 Segundo o artigo XIX do documento adotado e proclamado pela assembleia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, “[...] Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras [...]”.

18 “[...] é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato [...]”.

19 “[...] A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição [...]”.

20 A tentativa aqui foi de contemplar tanto o argumento humanista, quer dizer, aquele que acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana, quanto também o argumento democrático, aquele que acentua que o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder (BRANCO, 2011, p. 297).

nião”, “liberdade de ideias”, e “liberdade de informação”²¹. Em tal domínio, encontrou-se um universo de trinta e nove casos²², desde a promulgação da atual carta política²³, onde pelo menos um destes termos figurava na ementa. Do total, sete deles, o que corresponde a um montante de aproximadamente dezoito por cento, continham referências a experiências estrangeiras²⁴, já nos outros casos restantes não²⁵.

Considerando em um primeiro momento somente àqueles nos quais não houve citação de experiências alienígenas, um fator importante que vale aqui ser mencionado é o de que somente dois casos cuidavam da compatibilização abstrata entre norma infraconstitucional e a carta política²⁶. Nos demais, ou se estava diante do controle concreto de constitucionalidade, ou se estava perante o caso de competência originária ou mesmo recursal, que não extraordinária, da suprema corte²⁷. Além disso, tomando

21 Cabe observar que, o sistema constante do sítio do Supremo, faz uma varredura apenas das ementas e não das decisões como um todo. Exatamente por isso, é perfeitamente possível que inúmeras decisões tenham escapado à análise desta pesquisa.

22 A última data em que se atualizou esta pesquisa foi no dia 08/02/2014.

23 Eis aqui, portanto, o critério temporal para fins de desenvolvimento desta pesquisa.

24 ADI nº 4274 (Marcha da maconha); ADI nº 4451 MC-REF (Humor nas eleições); ADPF nº 130 (Lei de imprensa); HC nº 82.424 (Caso Ellwanger); AI nº 690.841 AgR/SP; AI nº 705.630 AgR/SC; AI nº 675.276 AgR/RJ (Críticas jornalísticas dirigidas a pessoas públicas).

25 RE nº 434.826; ARE nº 751.724; RE nº 571.151; HC nº 109.676; HC nº 106.808; ARE nº 685.520; AP nº 474; Inq nº 2.874; ARE nº 660.992; RE nº 555.320; ARE nº 638.730; RE 414.426; AO nº 1.390; RE nº 299.109; RE nº 606.451; Inq nº 2.332; AI nº 401.600; RE nº 389.096; RE nº 511.961; RE nº 554.772; Inq nº 2.297; AC nº 1.406 MC-QO; ADI nº 3.741; RE nº 327.414; HC nº 83.996; RE nº 221.239; HC nº 83125; RE nº 208.685; Inq nº 1.588; Pet nº 1.024; Pet nº 2.702 MC; ADI nº 869.

26 A referência aqui é a ADI nº 3741 no qual se alegava ofensa ao princípio da anterioridade através da lei nº 11.300 de 2006 por esta incorrer em mudança no processo eleitoral, bem como a ADI nº 869 onde se buscava a declaração de inconstitucionalidade de expressão contida no parágrafo segundo do artigo 247 da Lei nº 8.069 de 1990.

27 Exatamente por isso às questões aqui possuem uma natureza mais técnica, figurando, portanto, em um plano de debate de menor complexidade. É o que, aliás, se vê ao se agruparem os casos aqui elencados em razão da discussão principal, tal como feito na sequência. Grupo 1 – possibilidade ou não de responsabilização civil e/ou penal de parlamentar, em razão da cláusula de imunidade material (Inq nº 2.297; Inq nº 2874; RE nº 299.109; RE nº 606.451; Inq nº 2.332; AI nº 401.600; Inq nº 1.588; e Inq nº 1024); Grupo 2 – questões tipicamente processuais aqui incluídas tanto a vedação ao reexame de material fático-probatório (RE nº 571.151; ARE nº 638.730; RE nº 389.096; HC nº 109.676), quanto o não conhecimento de recurso extraordinário em razão de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua (ARE nº 685.520 e ARE nº 660.992), além, é claro, da impossibilidade de inovação do feito trazendo questões complementares à decisão por meio de agravo regimental (RE nº 554.772), a possibilidade ou não de antecipação de tutela através de ação cautelar em razão de recurso pendente de admissão no tribunal *a quo* (Pet nº 2.702), bem como a dúvida a respeito de se o dano moral aferido por instância ordinária revela ou não repercussão geral apta a dar seguimento a recurso extraordinário (ARE nº 751.724), e se é possível reconhecer efeito suspensivo à recurso extraordinário ainda pendente de julgamento (AC nº 1.406). Grupo 3 – significado e alcance da imunidade tributária contida no artigo 150, inciso VI, alínea

como base o mesmo montante de acórdãos, é possível também se perceber que em tal contexto, doze julgamentos, de um montante total de trinta e dois, se deram no âmbito do plenário²⁸, já, de modo diverso, nos vinte casos remanescentes a prestação jurisdicional foi oferecida em uma das duas turmas pelas quais se organiza o pretório excelso²⁹.

Na outra extremidade, isto é, levando-se em consideração os casos em que há a utilização do recurso proveniente da comparação constitucional, as aproximações passíveis de serem feitas acabam por caminhar em sentido completamente oposto. Isso por que, em primeiro lugar, em quatro dos sete casos acima mencionados, o julgamento se deu pelo plenário da corte, sendo que em três deles, a decisão foi proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade³⁰.

Já no tocante aos demais acórdãos, nestes as sentenças ao fim e ao cabo foram tomadas tanto no âmbito do controle concreto, como apenas e tão somente no contexto da segunda turma³¹. Como, porém, em todos os julgados realizados pelo órgão fracionado, cuidava-se, sem exceção, do mesmo assunto, qual seja, matéria jornalística que expunha fatos e veiculava opiniões em tom de crítica, se estava diante da relatoria de idêntico ministro, no caso, Celso de Mello, bem como, as citações proferidas foram exatamente as mesmas, torna-se até mesmo redundante dizer que tais idiosincrasias retiram destes julgados um pouco de representatividade, afinal, é nítido que a menção ao arcabouço alienígena dá-se aqui em razão da utilização aparente de um modelo, e não por conta da complexidade da causa³².

d da Constituição de 1988 (RE nº 434.826; RE nº 327.414; e RE nº 221.239). Grupo 5 – o *quantum*, a existência e a inexistência de dano moral (AO nº 1.390; RE nº 208.685). Grupo 6 – configuração ou não de tipo penal ou penal militar (AP nº 474; HC nº 106.808; HC nº 83.996; HC nº 83.125) e por último, Grupo 7 – a manutenção da jurisprudência da corte (RE nº 511.961; RE nº 555.320; e RE nº 414.426).

28 São eles: AP nº 474; Inq nº 2.874; RE 414.426; AO nº 1.390; Inq nº 2.332; RE nº 51.1961; Inq nº 2.297; ADI nº 3.741; Inq nº 1.588; Inq nº 1.024; Pet nº 2.702 MC; e ADI nº 869.

29 RE nº 434.826; ARE nº 751.724; RE nº 571.151; HC nº 109.676; HC nº 106.808; ARE nº 685.520; ARE nº 660.992; RE nº 555.320; ARE nº 638.730; RE nº 299.109; RE nº 606.451; AI nº 401.600; RE nº 389.096; RE nº 554.772; AC nº 1.406 MC-QO; RE nº 327414; HC nº 83.996; RE nº 221.239; HC nº 83.125; RE nº 208.685.

30 Constituem as ações de controle abstrato citados a ADI nº 4274; a ADI nº 4451 MC-REF; e a ADPF nº 130. Já o caso no qual se socorreu do material forasteiro no âmbito da competência recursal do STF foi o HC nº 82.424.

31 Trata-se do AI nº 690.841 AgR/SP; do AI nº 705.630 AgR/SC; e do AI nº 675.276 AgR/RJ.

32 Em tais casos, a citação foi *ipsis litteris*, a mesma em todos eles. Ver AI nº 690.841 AgR/SP, pp. 418-419; AI nº 705.630 AgR/SC, pp. 315-316; e AI nº 675.276 AgR/RJ, pp. 306-307.

De posse de tais informações, é possível afirmar, portanto, que, regra geral, quando do socorro ao aparato não-nacional para a resolução dos casos de liberdade de expressão que se lhes apresentam, os ministros que compõe a mais alta corte do País, tanto se acham presentes no pleno, quanto estão a realizar juízos em tese.

Acontece que como o objetivo perquirido por este trabalho é obter um perfil mais robusto das peculiaridades desta atividade, tal estratégia demanda a saída do plano das percepções de cunho mais generalista, para que se chegue até aquele no qual se concentram os pormenores. Neste patamar, a existência de uma verdadeira multiplicidade de informações é posta as claras, ocasião em que se percebeu novamente ser necessária a elaboração de um mecanismo que conferisse sistematicidade a pesquisa.

Assim sendo, buscou-se organizar este estudo por meio de questionamentos, a fim de facilitar os resultados obtidos, e assim agrupar os dados encontrados em duas categorias distintas: *quantitativa e qualitativa*. Abaixo, pode-se perceber como se estruturou tais blocos:

A – Análise das variáveis quantitativas discretas³³:

- 1º Questão – Qual fonte foi a mais citada? Texto constitucional, precedente jurisprudencial ou doutrina?
- 2º Questão – Qual foi o número de citação por ministros?
- 3º Questão – Quantas foram as fontes citadas por país?

B – Análise das variáveis qualitativas nominais³⁴:

- 1º Questão – Foram apresentadas justificativas do porquê serem utilizadas as referências empregadas, bem como o porquê de se ter dado preferência a um e não a outro registro? Se sim, quais foram estas?
- 2º Questão – De que forma foi manejado o material comparatista?
- 3º Questão – Enxergou-se, de algum modo, uma preocupação em se contextualizar o material importado?

33 Segundo Sérgio Carvalho e Weber Campos (2008, p. 10) “[...] variável discreta é a variável quantitativa que não pode assumir qualquer valor, dentro de um intervalo de resultados possíveis. É aquela obtida por meio de uma contagem, ou seja: a variável discreta nós contamos. Exemplos: quantas pessoas moram na sua casa? Quantos livros você tem em sua estante? Quantos carros importados você tem em sua garagem? [...]”.

34 Segundo Carvalho e Campos (2008, p. 11), “[...] se a variável qualitativa é de tal forma que não possamos verificar uma ordem, uma hierarquia, então diremos que a variável é nominal. Por exemplo, uma pesquisa para saber a religião de um grupo de pessoas. As respostas não são numéricas, logo a variável é qualitativa, e entre estas respostas não se pode estabelecer qualquer hierarquia [...]”.

- 4º Questão – Houve a indicação, ou pôde ser percebido algum cuidado metodológico nesta prática?
- 5º Questão – Foi direcionada alguma crítica por algum outro ministro? Se sim, qual?

3. Análise das variáveis quantitativas discretas

No tocante a primeira das três variáveis quantitativas, a que cuida de saber qual é a soma que corresponde a cada um dos diferentes tipos de fonte estrangeira utilizados pelos magistrados nos casos em exame, pôde se contabilizar, excluindo-se, por óbvio, às vezes em que no mesmo voto se faz menção à idêntica referência³⁵, um universo absoluto e expressivo de noventa e um registros.

Diante disso, observou-se com surpresa em virtude de nossa vinculação à tradição jurídica do *Civil Law*³⁶, que setenta deles eram formados por precedentes jurisprudenciais. Em tal grupo, trinta casos foram citados uma única vez³⁷, já outros quatorze julgados, quais sejam, *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964), *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919), *Whitney v. California* (274 US 357, 1927), *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919), *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988), *Shaare Tefila Congregation v. Coob* (481 US 615, 1987), *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982), Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982,

35 Trata-se de prática muito comum entre os magistrados, rememorar a todo momento uma referência alienígena anteriormente citada em seu voto.

36 Embora, de uma maneira geral, isso não tenha causado tanta estranheza, já que como alerta Ken Kersch (2005, p. 377), nas últimas duas décadas, os juízes cada vez mais vêm congregando e compartilhando ideias institucionais e jurisprudenciais entre si.

37 Quais sejam: 1) *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); 2) *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); 3) *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); 4) *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); 5) *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); 6) *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); 7) *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); 8) *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); 9) *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); 10) *Miller v. California* (413 US 15, 1973); 11) *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); 12) *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); 13) *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); 14) *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); 15) *Iorfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994); 16) Sentença nº 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol; 17-20) Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês; 21) Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); 22) Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); 23) Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 24) Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); 25) Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); 26) Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); 27) Caso *Blinkfuer* (BVerfGE 25, 256, 1969); 28) Caso *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977); 29) *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995) e 30) *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

nº 104 de 1986, nº 171 de 1990 e nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958), e Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995)³⁸, demonstrando eles fruírem de uma maior receptividade entre os ministros, foram lembrados repetidamente em mais de uma ocasião.

No universo dos registros remanescentes, é interessante destacar que em dez deles a menção se deu direta ou indiretamente a uma Doutrina estrangeira, isto é, a uma referência bibliográfica alienígena na qual encontram-se comentários à respeito de um texto constitucional que não o brasileiro, ou de uma jurisprudência pertencente a outro ordenamento. Em tal domínio, e funcionando cada uma destas citações enquanto um suporte às opiniões desenvolvidas pelos magistrados nos seus votos, foram encontradas alusões tanto a autores norte-americanos como Cass Sunstein³⁹, Owen Fiss⁴⁰, Ronald Dworkin⁴¹ e Alexander Meiklejohn⁴², como também a juristas espanhóis e alemães, caso de Sérgio Fernando Moro⁴³, Pablo Salvador Coderch⁴⁴, Ingo Richter, Gunnar Schuppert⁴⁵ e Göran Rollnert Liern⁴⁶.

No âmbito, por outro lado, dos onze últimos registros, estes associados cada qual à menção expressa de um texto básico, viu-se que nestas paragens a citação fora feita tanto aos artigos 1º e 5º da lei fundamental de *Bonn*⁴⁷, quanto também foram citados um trecho da redação da primeira

38 Tratando de saber a quantidade das repetições de cada um destes precedentes, pode se sublinhar aqui que *New York Times v. Sullivan*, um *leading case* no qual a *Supreme Court* decidiu que só poderia haver condenação de alguém por atentado contra a honra caso fosse constatada um *reckless disregard*, isto é, um dolo ou uma negligência grave na publicação de notícias falsas, foi citado quatro vezes. Também as Sentenças nº 6 de 1981, nº 12 de 1982, nº 104 de 1986, e nº 171 de 1990, todas do Tribunal Constitucional Espanhol, foram citadas quatro vezes só que pelo mesmo ministro, Celso de Mello, em casos diferentes. Por último, tanto os casos *Shaare Tefila Congregation v. Coob* e *Schenk v. United States* foram lembrados três vezes, quanto os casos *Abrams v. United States*, *Whitney v. California*, *Hustler Magazine v. Falwell*, *Mandela and another v. Dowell Lee and another*, a Sentença nº 176 de 1995 do Tribunal Constitucional Espanhol, o Caso *Lüth*, e o Caso dos Soldados Assassinos, foram eles mencionados duas vezes cada um.

39 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 215.

40 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, p. 89.

41 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, pp. 93-95.

42 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 216-217.

43 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 157.

44 Ver HC nº 82424, Aditamento do Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 970.

45 Ver HC nº 82424, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 660-661.

46 Ver HC nº 82424, Aditamento de Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 967-969.

47 A menção tanto ao artigo 1º quanto ao 5º foi feita na ADPF de nº 130 pelo ministro Gilmar Mendes (ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 228-232). Já citação ao artigo 5º, por outro lado, foi desempenhada também pelo ministro Dias Toffoli no curso do julgamento da ADI nº 4451. (ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 64).

emenda à carta magna dos Estados Unidos⁴⁸, e um elenco de vários artigos pertencentes às constituições de alguns estados que compõem a Federação Norte-Americana⁴⁹.

Posto isso, a leitura do gráfico abaixo permite uma visualização mais coerente das informações levantadas:

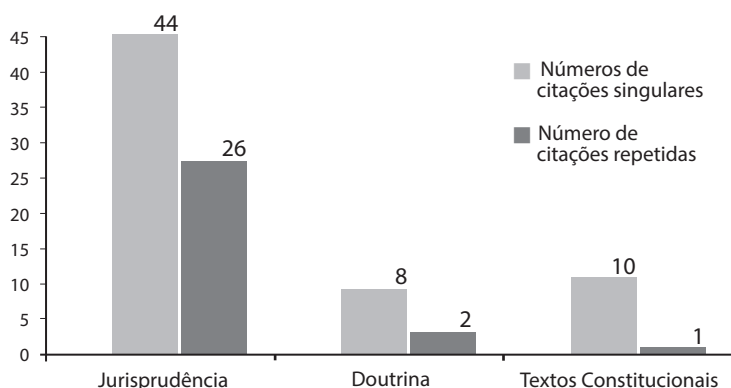


Figura 01 – Tipologia e quantidade do material citado nos casos sob estudo.

A partir das informações trazidas, surgem duas outras relevantes indagações de caráter quantitativo, uma comprometida a identificar qual foi o ministro que mais se utilizou das referências estrangeiras catalogadas, e outra destinada a saber de onde essas mesmas provêm. No que se refere à primeira delas, pode se observar que do total de registros contabilizados, em não menos do que trinta e sete vezes, número que corresponde a aproximadamente quarenta e quatro por cento deste montante, a menção a algum aparato alienígena foi realizada pelo ministro Gilmar Mendes.

Já em outras em vinte e uma oportunidades, a alusão feita ficou a cargo do ministro Celso de Mello. Em onze e dez oportunidades cada qual, as citações foram conduzidas respectivamente pelos juízes Menezes Direito e Marco Aurélio. E por fim, em três vezes cada, o arcabouço forasteiro foi lembrado pelos ministros Maurício Correa e Dias Toffoli, e em outras duas

48 Ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209.

49 Art. XII, New Hampshire; Art. XLIII, Carolina do Sul; Art. 1º, Sec. 5, Delaware; art. XII, Pennsylvania; Art. XXXVIII, Maryland; Art. IV, sec. 3, Geórgia; e art. XVI, Massachusetts. (ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 209).

oportunidades, também cada, pelos ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Cezar Peluso. Desta verificação, embora se possa diagnosticar um acentuado relevo da mencionada prática no corpo das manifestações do ministro Gilmar Mendes, mediante a figura abaixo, é possível constatar também, o fato de que boa parte dos magistrados, mesmo em número comparativamente mais reduzido, recorreu igualmente ao uso do argumento de direito constitucional comparado em seus votos.

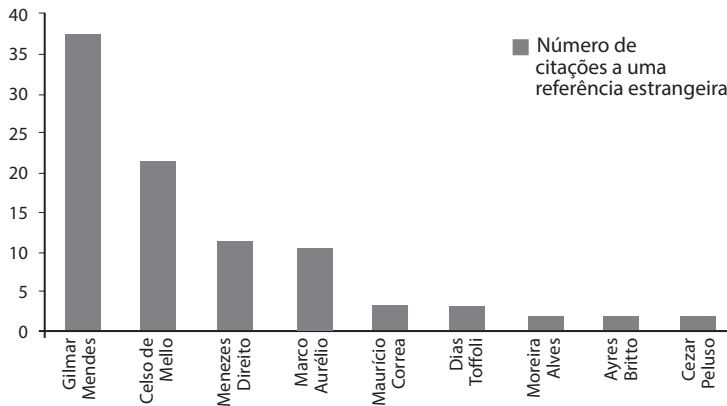


Figura 02 – Número de citações a uma referência estrangeira por ministro.

Na sequência destas notas, e tratando-se enfim de apontar os resultados concernentes ao último questionamento deste item, perceber-se que do montante de quarenta e quatro precedentes jurisprudenciais mencionados, pondo-se de lado agora as repetições, vinte e dois deles eram de procedência Norte-Americana⁵⁰, dez, contudo, tinham origem alemã⁵¹, seis

50 *Patterson v. Colorado* (205 US 454, 1907); *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919); *Whitney v. California* (274 US 357, 1927); *United States v. Williams* (553 US 285, 2008); *New York Times v. Sullivan* (376 US 254, 1964); *Schenk v. United States* (249 US 47, 1919); *Virginia v. Black et al.* (538 US 343, 2003); *Pierce v. United States* (252 US 239, 1920); *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925); *Rosenblatt v. Baer* (383 US 75, 1966); *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 US 130, 1967); *Associated Press v. Walker* (389 US 28, 1967); *Rosenbloom v. Metromedia* (403 US 29, 1971); *Miller v. California* (413 US 15, 1973); *Hustler Magazine v. Falwell* (485 US 46, 1988); *Terminiello v. Chicago* (337 US 1, 1949); *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 US 377, 1992); *Texas v. Johnson* (491 US 397, 1989); *Hague v. Committee for Industrial Organization* (307 US 496, 1939); *Shaare Tefila Congregation v. Cobb* (481 US 615, 1987); *United States v. Lemrick Nelson* (68 F.3d 583, 2d Cir.1995); *Reynolds v. Sims* (377 US 533, 1964).

51 Caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958); Caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202, 1973); Caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); Caso *Klaus Mann* (BVerfGE 30, 173, 1971); 33); Caso do Romance Pornográfico (BVerfGE 83, 130, 1990); Caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266, 1995); Caso do Livro sobre a Guerra (BVerfGE 90, 1, 1994); Caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); Caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256, 1969); Caso *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977).

derivavam da Espanha⁵², quatro eram de proveniência francesa⁵³, um era oriundo do Canadá⁵⁴ e o outro restante tinha natureza britânica⁵⁵. De outra monta, considerando-se somente a Doutrina alienígena explicitada, viu-se em tal âmbito que quatro dos trabalhos que foram lembrados eram de autores de nacionalidade estadunidense, dois, porém, de escritores espanhóis, e outros dois ainda de juristas germânicos⁵⁶. Por último, no que toca às referências de ordem textual, vale também o registro de que neste composto, oito dos materiais citados tinham origem *ianque*, e os dois últimos possuíam natureza alemã⁵⁷.

A partir de uma leitura simples destes dados, percebe-se claramente que em contraste com o arcabouço oriundo de outras nações, existe um especial relevo conferido àqueles procedentes dos Estados Unidos. Para se compreender o porquê desta realidade que, aliás, não causa tanta surpresa, já que se trata de uma tendência estatística comum também em outros contextos⁵⁸, duas são as explicações que se revelam possíveis e que podem aqui ser ventiladas: uma de cunho histórico específico e outra associada à *expertise*.

Quanto à interpretação de caráter histórico, esta instala suas raízes no Decreto nº 848 de 1890. Editado ainda durante o governo provisório, e sob a influência de Campos Salles, o referido diploma criado com a finalidade de organizar toda a justiça federal, chama à atenção pela abertura contida em seu artigo 386. De acordo com o dispositivo “[...] os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* [...]” seriam subsidiários da jurisprudência federal.

52 Sentenças 6 de 1981, 12 de 1982, 104 de 1986, 171 de 1990, 176 de 1995 e 214 de 1999 do Tribunal Constitucional Espanhol.

53 Decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, do Conselho Constitucional Francês.

54 *Torfida v. Macintyre* (93 CCC 3d 395, 1994).

55 *Mandela and another v. Dowell Lee and another* (UKHL 7, 1982).

56 Como já dito anteriormente os autores citados foram, os norte-americanos Cass Sunstein, Owen Fiss, Ronald Dworkin, e Alexander Meiklejohn, os espanhóis Sérgio Fernando Moro e Pablo Salvador Coderch, e os alemães, Ingo Richter em trabalho escrito com Gunnar Schuppert, e Göran Rollnert Liern.

57 A referência mais uma vez aqui é ao artigo 1º e 5º da Lei Básica da Alemanha de 1949, a primeira emenda à constituição dos Estados Unidos da América de 1791, bem como aos artigos XII, XLIII, 1º, Sec. 5, XII, XXXVIII, IV, Sec. 3, e XVI respectivamente das constituições dos estados norte-americanos de New Hampshire Carolina do Sul, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Georgia, e Massachusetts.

58 Cf. RAUTENBACH, 2013, p. 198; SAUNDERS; STONE, 2013, p. 33.

Tal enunciado, unido a implantação logo em seguida de uma jurisdição constitucional por aqui nos moldes do modelo *ianque*⁵⁹, transformou-se na porta de entrada para o estabelecimento de uma cultura que mesmo com o passar dos anos e com as alterações legislativas subsequentes, continua viva ainda hoje entre os ministros do Supremo, qual seja, a de observar preferencialmente o que é produzido no contexto jurídico estadunidense. A essa visão, e de forma a complementá-la, a leitura que por outro lado atribui ênfase a *expertise*, tende ainda a indicar, na linha do que aponta Christopher McCrudden⁶⁰, que a inclinação para o material de origem estadunidense pode estar associada também ao nível de experimentação de um direito, o que se tratando de liberdade de expressão, sabe-se ser bem avançado por lá⁶¹.

Ocorre, porém, que a par de tudo o que fora exposto, isto é, em cima somente dos resultados alcançados pelas variáveis quantitativas, não se perfaz claro ainda, como os “parâmetros constitucionais extra-sistêmicos”⁶² vêm sendo de fato integrados às manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tais informações, embora auxiliem na composição geral do quadro, não oferecem uma visão detalhada desta prática. Por isso a importância dos dados qualitativos para a concretização deste estudo.

4. Análise das variáveis qualitativas nominais

Ao analisar os elementos categóricos desta pesquisa, a primeira das questões que neste ponto se procurará oferecer respostas, cuida de saber se quando da utilização do material comparatista de natureza constitucional nos casos estudados os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal apresentaram alguma razão para tanto, bem como se justificaram o porquê de serem elencadas as referências de alguns países em prejuízo de outros.

Partindo dessa dúvida, mostra-se cabível apontar de uma vez, que não foram constatadas explicitamente quaisquer preocupações em tal direção, isto é, significa dizer que na fundamentação de suas decisões, os membros de corte maior brasileira se valem estrategicamente de experiências constitucionais estrangeiras, e as tomam enquanto elementos motivadores de

59 Cf. OLIVEIRA, 2008, p. 16.

60 2000, p. 517.

61 Cf. BARENDT, 1994, p. 57.

62 Cf. LOLLINI, 2007, p. 62.

seus posicionamentos, contudo, acobertados pelo princípio da livre convicção⁶³, os mesmos não têm por costume manifestar justificativas tanto sobre o que os instigou a fazer uso deste aparato, quanto sobre o que os levou a terem escolhido aqueles oriundos de um local e não os provenientes de outro⁶⁴. Neste sentido, será essa então, sempre uma opção de foro íntimo⁶⁵, que entre os cidadãos não é dado a saber⁶⁶.

Todavia, embora tal seja a regra, numa leitura mais atenta dos votos, percebeu-se em contrapartida a existência de algumas pistas, que ao menos permitem lançar luzes aqui sobre as razões que podem eventualmente ter orientado os juízes neste aspecto. Isso é perceptível, por exemplo, com a manifestação do ministro Dias Toffoli na ADI nº 4.451 MC-REF, e com o pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Onde, em ambos os casos, reclamam a atenção os títulos a que cada um dos magistrados deu ao trecho de seus votos onde os mesmos fizeram constar o material alienígena.

No caso de Toffoli este foi: “[...] III. Casos concretos de limitação à liberdade de expressão. A experiência internacional no controle das liberdades comunicativas [...]”⁶⁷. Já no caso de Marco Aurélio a designação foi: “[...] 3. O modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão [...]”⁶⁸. Ora, valendo-nos de tais colocações o que se pode deduzir das duas legendas, é que talvez uma possível causa que pode ter orientado os ministros a listarem alguns julgados constantes do *case Law* de outros países, tenha sido a possibilidade de mirando o *know how* que os mesmos traziam consigo⁶⁹, instruírem melhor seus posicionamentos.

63 A ideia de que o julgador pode utilizar qualquer fundamento que entenda necessário para resolver a causa, mesmo que não alegado pelas partes, e desde que a decisão venha suficientemente motivada, é atribuída pela doutrina ao chamado “Princípio do Livre Convencimento Motivado”, consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil: “[...] o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento [...]”.

64 O que acaba tornando tais motivos indetectáveis (BENVENUTO, 2006, p. 2743).

65 Em certa medida isso acaba por corroborar uma das críticas ao uso do constitucionalismo comparado pelas cortes, a que defende que como até o momento não se articulou um coerente e consistente método de seleção do material estrangeiro a ser usado, tal fato resulta em uma aplicação orientada e auto-servente (BENVENUTO, 2006, p. 2739).

66 Cf. GLENSY, 2005, p. 401

67 ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 63.

68 HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 902.

69 Cf. MCCRUDDEN, 2000, p. 517.

Tal fato é o que se pode inferir também de um trecho da manifestação do ministro Gilmar Mendes no âmbito do julgamento da ADPF nº 130. Na ocasião, após um extenso pronunciamento de aproximadamente vinte páginas, onde se dedicou a apresentar considerações a respeito da liberdade de expressão e de imprensa, tanto no contexto jurídico norte-americano quanto no alemão, o magistrado se posicionou nos seguintes termos:

[...] faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral [...] ⁷⁰.

De modo diverso a estas aproximações, acresça-se ainda outra construída também sobre um voto do ministro Gilmar Mendes, só que dessa vez no julgamento do “Caso Ellwanger”. Na oportunidade, logo após fazer menção a dois doutrinadores que debruçados sobre a jurisprudência da suprema corte espanhola, chegavam à conclusão de que o entendimento daquele tribunal era no sentido de que a utilização da liberdade de expressão para negar a dignidade humana, estaria fora da proteção constitucional, declarou o magistrado que estava convencido de que uma concepção dos direitos fundamentais que não fosse liberal não poderia dar guarida a manifestações antisemitas tão intensas como aquelas que constavam dos autos.

Acrescentando, disse também que “[...] o indeferimento do habeas corpus na espécie, seria fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas que não se compatibilizam com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias [...]” (HC nº 82424, Aditamento do voto do ministro Gilmar Mendes, p. 971). Com esta passagem, o que se pode cogitar é que o julgador assinalou indiretamente que a opção por se valer neste particular da experiência espanhola, foi importante para que se visse como uma nação de reconhecido *background* democrático vinha se posicionando neste campo, direção esta, aliás, que, de acordo com ele também, deveria ser seguida para que o Brasil se firmasse como membro que se sabe ser desta comunidade. Tal leitura, acaba, inclusive,

70 ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 235.

por corroborar em certa medida, o primeiro dos dez fatores que segundo Christopher McCrudden⁷¹, favorecem a esta prática, o de que quanto mais próximo for o regime político, maior por consequência é o grau de relevância das soluções jurídicas externas adotadas.

Outro ponto de interesse deste item ajusta-se ainda no sentido de esclarecer como o arcabouço alienígena foi manuseado pelos togados. A título de resposta, impinge-nos destacar que no universo de casos à que se vêm analisando no curso desta pesquisa, foram encontradas três formas de se lidar com este material⁷², a transcrição, a identificação da *ratio decidendi*, esta, aplicável apenas para o caso específico de um precedente jurisprudencial, e a citação de passagem⁷³. No que tange ao ato de transcrever, observou-se tanto que raras foram às vezes em que um juiz deixou de cumprir com a tradução livre do material importado⁷⁴, quanto também que ao adotarem esta variedade, os magistrados reproduziam trechos esparsos das mais distintas referências, e ofereciam quando muito, uma opinião simplista e até mesmo forçada em relação ao conteúdo das mesmas. É o caso, por exemplo, contido na manifestação do ministro Celso de Mello na ADPF de nº 130:

[...] Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. Daí a advertência do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso *Schenk v. United States* {249 U.S 47, 52}, quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda

71 2000, p. 516.

72 Todas elas, importante sublinhar, estão sendo utilizadas indiscriminadamente, tanto em uma perspectiva positiva, isto é, quando uma corte mira o material estrangeiro com olhares de aprovação, quanto também em um viés negativo, ou seja, quando um tribunal, a partir de uma perspectiva interna, observa as falhas de outros regimes constitucionais (FONTANA, 2001, p. 551).

73 De certa forma isso reforça o catálogo quanto à extensão da referência às fontes alienígenas, elaborado em trabalho escrito por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Alini Bunn (Não Publicado, pp. 29-30).

74 As duas únicas exceções que se viu no universo dos votos estudados estão contidas na manifestação do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130. Em tal ensejo, o magistrado reproduziu um comprido trecho da obra "*Political Freedom: the constitutional powers of the people*", da autoria de Alexander Meiklejohn, todo ele sem traduzi-lo para o vernáculo, bem como um médio excerto do pronunciamento do *justice* Holmes no âmbito do caso *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Para mais informações ver ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 212-217.

à Constituição dos Estados Unidos da América acentuou que ‘a mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e assim, causasse pânico’, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que ‘a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau’. É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão [...]’⁷⁵.

Já no tocante ao esforço de assinalar os fundamentos determinantes de um julgado extra-sistêmico, o que de modo diverso chamou à atenção foi que para tanto e em regra, os magistrados valeram-se da estratégia de construir uma síntese do caso, condensando esta normalmente em curtos parágrafos ou itens sem maiores elucubrações⁷⁶. Além disso, pôde-se verificar também que outro subterfúgio muito adotado pelos ministros neste patamar, foi ainda a transcrição de frases soltas e desconexas de uma sentença estrangeira, e a indicação destas expressa ou sutilmente, como sendo informativas, segundo um juízo pessoal, das teses jurídicas que orientaram a decisão. Em tais contornos, configura-se enquanto um paradigma desta lógica, o seguinte trecho retirado do voto do ministro Dias Toffoli no âmbito da ADI nº 4451 MC-REF:

[...] É oportuno citar o famoso caso dos ‘soldados assassinos’ {*soldaten sind morder*} [...]”. “[...] Em decisões extremamente apertadas, o tribunal alemão determinou o reenvio dos casos à origem, por entender que as cortes locais não poderiam deixar de analisar a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão dos que atribuíram aos militares à qualidade de assassinos. Segundo os juízes alemães ‘da mesma forma, a liberdade de expressão cede espaço, em regra, à proteção da honra no caso de expressões detrimen- tosas, que

75 ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 158-159.

76 Um bom exemplo aqui se trata do voto do ministro Marco Aurélio no HC nº 82424. Em tal oportunidade, o ministro apresentou uma lista de casos em itens distintos sem, porém, se preocupar tanto em realizar qualquer reflexão mais apurada sobre eles, quanto ainda em conectar o conteúdo deles, apenas se preocupando em apresentá-los estanqueamente, como um rol de exemplos diversos onde seria possível ver como foram solucionados os conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais encontrados em outras jurisdições. Ver HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 903.

se apresentam como insulto ou difamação {BVerfGE 61, 1, 12}'. 'Desse modo, uma crítica exacerbada ou até ofensiva por si mesma não transforma a expressão em ignominiosa. Tanto mais ocorre quando, na expressão, não esteja em primeiro plano o debate do tema, mas o {intuito} de difamar a pessoa. Deve essa também revestir-se da depreciação da pessoa, além da crítica polêmica e exagerada {BVerfGE 82, 272, 283, s.}'. 'Por essa razão a crítica ignominiosa {contida} em expressões sobre um tema que toque essencialmente a opinião pública é tida como presente em caráter excepcional, e, de qualquer sorte, permanecerá limitada à denominada disputa entre particulares {cf. BGH, NJW 1974, p. 1762}'. Há vários outros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema. As circunstâncias de uma decisão de natureza cautelar não me permitem estender na enumeração desses importantes precedentes da experiência constitucional estrangeira [...]⁷⁷.

Por último, levando-se em conta o manejo realizado pela mera referência, isto é, quando a citação a um material alienígena é tomada somente enquanto um reforço de jaez erudito, simples menção de passagem que nada expõe, inova, nem contribui, a não ser para ornar superficialmente a argumentação conduzida por um juiz, o que se pode constatar foi que tal fórmula, por dispensar outras diligências conexas, como seria o caso da tradução, foi justamente aquela que desfrutou de um considerável favoritismo entre os magistrados.⁷⁸ Um bom exemplo capaz igualmente de ajudar a perceber como a mesma é levada adiante está na manifestação do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC nº 82.424:

[...] À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas apareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de ex-

77 ADI nº 4.451 MC-REF, Voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 64-65.

78 Para corroborar quantitativamente esta nota, mostra-se oportuno destacar que, dos noventa e um registros encontrados nesta pesquisa, nos quais havia uma referência a um aparato comparatista de natureza constitucional, e que já foram vistos mais deitadamente em um momento anterior, em nada menos do que quarenta e cinco deles, ou seja, soma que corresponde a quase cinquenta por cento desse total, a menção foi feita através da fórmula da mera referência.

pressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes {por exemplo, pornografia, no caso *Miller v. California*} ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso *Falwell v. Hustler Magazine, Inc.* [...] ⁷⁹.

Ora, de posse destes dados representativos, o que a primeira vista deles se pode inferir, é que mesmo havendo distintas formas de manusear o arcabouço comparatista de natureza constitucional, tal fato não impediu que o mesmo fosse assumido pelos magistrados somente enquanto um componente acessório e retórico ⁸⁰. Isso porque, como se deixou transparecer ilustrativamente acima, algo também observado nos demais registros, em nenhum instante se viu este material sendo investido na função de agregar fundamentos capazes de favorecer o alcance de um determinado resultado ⁸¹.

Na realidade, e como denunciam as próprias expressões responsáveis comumente por introduzi-lo nos votos, quais sejam, “cabe referir”, “é oportuno”, “veja a esse propósito” e tantas outras ⁸², sua utilidade foi sempre a de complementar com exemplos ⁸³, variando estes apenas quanto ao seu grau de exposição e conseqüentemente de convencimento ⁸⁴, as razões substanciais que guiavam o pronunciamento do ministro ⁸⁵. Exatamente

79 HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 875.

80 Afinal, na mesma linha do que pontua Osmar Benvenuto (2006, p. 2.752), a forma através da qual a corte lida superficial e reduzidamente com as referências estrangeiras, indica que os juízes estão pouco preocupados com os benefícios materiais que o material alienígena pode prover, e mais interessados no seu uso para fins persuasivos.

81 Cf. SMITS, 2006, p. 488.

82 De certa forma, essas podem ser consideradas as versões nacionais dos termos “útil”, “proveitoso” e “instrutivo” a que Taavi Annus (2004, pp. 315-316) chama a atenção como sendo os que determinam o fato de um tribunal não estar se valendo normativamente de referências estrangeiras.

83 Também conhecido como uso de propósito informacional. O mesmo, embora anule boa parte dos possíveis benefícios que com a prática da referência aos elementos estrangeiros, se indica poder alcançar, tem como vantagem o fato de ao alterar pouco a opinião da corte, conseqüentemente torna difícil a diminuição do controle democrático (BENVENUTO, 2006, pp. 2.753-2.754).

84 Isso porque, de acordo com Osmar Benvenuto (2006, p. 2742), ao contrário dos precedentes domésticos que são utilizados normalmente sem maiores reflexões, quanto mais o ministro refletir sobre os precedentes estrangeiros por ele citados, mais autoridade persuasiva ele terá.

85 É o que, inclusive, se pode concluir também a partir de uma rápida leitura das ementas constantes dos acórdãos à que neste trabalho se têm estudado. A título demonstrativo cabe referir neste ponto, por exemplo, o HC nº 82424. Nele, embora várias fossem as referências a uma fonte estrangeira, encontradas nas manifestações de distintos ministros, dos dezesseis tópicos constantes da ementa em somente parte de um deles foi feita menção ao uso desse material. E mesmo ali, a impressão claramente que se tem, a partir da forma como foi redigido o texto, é a de que o seu uso foi meramente ilustrativo, e nem de longe

por assim ser, abre-se espaço então para enquadrar o Supremo enquanto uma corte adepta ao uso *soft* do constitucionalismo comparado⁸⁶. Afinal, na esteira do que pontua Taavi Annus⁸⁷, esse é o rótulo aplicável quando as referências estrangeiras, o que é o caso, são admitidas pelos juízes não como argumentos normativos, mas sim enquanto elementos úteis a reiterar os objetivos por eles traçados na lavra de suas manifestações.

A essa observação pode-se acrescentar outra que responde a terceira das cinco questões que se busca solucionar com este item, qual seja, a dúvida sobre se houve, quando do manejo das referências importadas, um cuidado em se fornecer o contexto das mesmas, ou não. Para tanto, mostra-se de suma importância colocar em destaque o fato da contextualização, para os fins deste *paper*, não se confundir com o ato de explicar, ou clarificar os contornos que envolvem o cenário de um aparato que porventura esteja sendo citado. Embora essa seja uma prática muito comum entre os ministros⁸⁸, a intenção deste estudo que com ela não se confunde, é tanto por saber se os magistrados empenharam-se em situar o material comparado no ambiente normativo do qual o mesmo provinha, quanto também e mais do que isso, se tiveram a preocupação de ir adiante e localizá-lo na atmosfera fática⁸⁹ na qual o mesmo se encontrava⁹⁰.

substantivo. Vejamos, portanto: “[...] manifestações da Suprema Corte norte-americana, da câmara dos lordes da Inglaterra e da corte de apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo [...]” (HC nº 82.424, Ementa, p. 524).

86 Trata-se da forma mais comum entre as cortes, diga-se de passagem (ANNUS, 2004, p. 315).

87 2004, p. 303.

88 Apenas a título ilustrativo, tendo em vista serem muitas às vezes que os magistrados do STF procuram esclarecer os meandros do material por eles citados, vale a pena destacar o seguinte trecho do voto do ministro Marco Aurélio no âmbito do HC nº 82.424. Na ocasião, o mesmo explica o que se deu no caso dos Soldados Assassinos (BVerfGE 93, 266) da seguinte forma: “[...] Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das forças armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que ‘soldados são assassinos’ ou ‘soldados são assassinos em potencial’. O tribunal constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das ideias. O tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem pessoalmente a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto [...]” (HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 903-904).

89 Isto é, se procuraram relacionar o aparato estrangeiro ao seu meio sociopolítico, ou ainda se cuidaram de demonstrar as consequências empíricas de sua adoção no contexto de onde o mesmo era originário.

90 Como destaca Stephen Breyer (2003, pp. 267-268) “[...] a quantidade de informação necessária,

Neste sentido, além de se notar serem escassos os registros nos quais os juízes se dedicaram a esta atividade, o que já de pronto denota a perniciosa existência de uma baixa adesão para com ela⁹¹, percebeu-se ainda nas únicas ocasiões encontradas, que a mesma foi direcionada apenas na tentativa de alumiar pobremente, vale dizer, o contexto normativo do arcabouço não-nacional que se fez uso⁹².

Sendo assim, é possível afirmar que o uso do constitucionalismo comparado nos domínios do tribunal brasileiro maior, pelo menos no que diz respeito aos casos de liberdade de expressão, trata-se ainda de uma prática levada à cabo de maneira deficiente⁹³. Isso porque, ao negligenciarem na maior parte das vezes o entorno normativo, e em todas elas, os fatores políticos, sociais e econômicos, que como é sabido, condicionam o direito constitucional⁹⁴, os ministros com isso acabam por assimilar as referências estrangeiras de modo raso e parcial⁹⁵, dando azo, inclusive, para o emprego destas de forma distorcida⁹⁶.

Um bom e esclarecedor exemplo aqui, trata-se de um trecho do pronunciamento do ministro Marco Aurélio no HC nº 82.424. Na oportunidade, ignorando toda a discussão político-jurídica subjacente ao caso

porém, vai depender da natureza e da extensão das diferenças que existem entre o sistema interno e o estrangeiro, a forma como o material alienígena está sendo usado, e o grau de importância que a ele é dado na fundamentação do pronunciamento [...]”.

91 Afinal, de certa forma acaba por reforçar uma das principais objeções quanto ao uso do constitucionalismo comparado pelas supremas cortes, a que defende que os juízes tendem a utilizar este material com total desconsideração para com o contexto da onde os mesmos provêm (ROSENFELD, 2001, p. 68).

92 Neste âmbito, e de viés elucidativo, cabe aqui destacar uma passagem extraída do voto do ministro Celso de Mello no curso de sua análise da ADPF de nº 130. Nela, logo após o magistrado se reportar ao caso *Virginia v. Black et al* (538 US 343, 2003), e descrever a conclusão a que a *Supreme Court* norte-americana havia chegado, de que não seria incompatível com o texto da primeira emenda, uma lei penal que punisse como delito o ato de queimar uma ou várias cruzes, posicionou-se o magistrado, deixando nítida a relevância da supradita decisão em relação ao seu contexto legal, da seguinte maneira: “[...] Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da *‘preferred position’*) – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos [...]” (ADPF nº 130, Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 162-163).

93 Cf. MIRANDA, 1970, p. 41.

94 Cf. VERGOTTINI, 2004, p. 28.

95 Cf. MURKENS, 2008, p. 13.

96 Isso por que: “[...] a tarefa daquele que realiza a comparação não pode ser simplesmente a de encontrar regras e suas funções, mas sim e, sobretudo, analisar o contexto em que ditas regras atuam e quais são os problemas que delas derivam. Chegar a conhecer ambos os contextos, constitui uma condição necessária para se empreender qualquer atividade de comparação que seja efetiva [...]” (SCARCIGLIA, 2011, p. 111).

Texas v. Johnson (491 US 397, 1989)⁹⁷, bem como as consequências que decorreram da sentença nele proferida⁹⁸, o referido juiz limitou-se simplesmente a dizer que a *Supreme Court* estadunidense “[...] fixou o entendimento de que atear fogo à bandeira norte-americana, configurava-se como uma espécie de manifestação de pensamento, protegida pela primeira emenda à Constituição [...]” (HC nº 82.424, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 906).

Ora, tal como assevera Fontana⁹⁹, nem de longe esta utilização do referencial alienígena, pode ser tomada enquanto “comparativamente refinada”¹⁰⁰. Isso porque, ao omitir as demais nuances e idiosincrasias do caso, e conseqüentemente desenhar um quadro incompleto dele, o juiz acabou não deixando claro qual era o grau de sua relevância para a demanda em questão¹⁰¹, já que como se sabe, quanto mais diferenças contextuais existem, menos desejável, por consequência, um aparato estrangeiro se torna para a importação¹⁰².

Dando prosseguimento, outro ponto que também demanda interesse neste trabalho, diz respeito a saber se quando do emprego do material extra-sistêmico, houve a indicação ou pode ser percebido algum cuidado metodológico por parte dos juizes que compõem o Supremo. Nesta perspectiva, importa de uma vez destacar, que como entre nós, à luz do que já

97 A discussão central e que desde muito se encontra no cenário político norte-americano, dizia respeito a saber se outros atos como este de queimar a bandeira, estariam abrigados ou não pela primeira emenda, já que esta expressamente apenas fala sobre o discurso falado e escrito. Ora, apesar de vencida a tese de que a profanação do símbolo nacional constituía sim um ato de expressão, reiterando assim a corte, sua jurisprudência não restritiva neste âmbito, faz-se importante destacar que o tema nem de longe pode se considerar pacífico, basta ver que o resultado final foi proclamado com o placar de cinco votos a favor e quatro dissidentes.

98 Dos cinquenta estados da federação estadunidense, quarenta e oito deles à época, também possuíam leis semelhantes ao do estado do Texas, proibindo o desrespeito para com símbolos nacionais. Como, porém, partir da decisão, todas elas foram declaradas inconstitucionais, tal fato acabou provocando grande comoção social na sequência. Apenas para que se tenha uma ideia, vale destacar que capitaneadas principalmente pelos republicanos, mas não apenas, várias foram as tentativas nos anos seguintes, de se aprovar no Congresso uma emenda à constituição, que permitisse ao parlamento a elaboração de uma lei a nível nacional, no sentido de se proibir a queima de bandeiras.

99 2001, p. 617.

100 Uma corte “refinada comparativamente”, olha para o seu contexto e o compara com o contexto da fonte que pretende importar, para decidir se as diferenças são ou não significativas o suficiente para que seu uso seja evitado (FONTANA, 2001, p. 602).

101 Cf. FONTANA, 2001, p. 556; SAUNDERS, 2006, p. 67

102 Afinal, entendendo o contexto no qual uma referência se encontra, abre-se caminho para que se saiba quando se deve utilizá-la e quando não (SAUNDERS; STONE, 2013, p. 23).

fora visto nos vários registros transcritos acima, este recurso é costumeiramente empregado sem qualquer preocupação com o detalhamento de etapas ou passos percorridos¹⁰³, além do que, ou é de igual modo, utilizado por meio de subterfúgios muito díspares que variam aleatória, e incoerentemente, caso a caso, ministro a ministro, e até mesmo fonte a fonte, a identificação de um padrão, de uma uniformidade, que nos permitisse apontar circunstancialmente, para a presença de uma dinâmica procedimental regular e própria em nossa corte maior, mostrou-se por isso como sendo de difícil alcance.

No entanto, a despeito deste impasse, o mesmo não nos impediu de enxergar em algumas passagens, ainda que poucas, certos traços de semelhança com alguns dos métodos oferecidos por Tushnet e Choudry. Ainda que, por óbvio, isso não signifique dizer que estes tenham sido, de fato, adotados pelos juízes, até porque, seria contraproducente fazer tal afirmação, já que ausentes em seus votos elementos o bastante para sustentá-la.

Na realidade, o que se procurou deixar ceido, é o fato de existirem em algumas ocasiões, vestígios de que ou um dos modelos foi abraçado só que não expressamente, ou ainda um deles foi seguido só que involuntariamente. Um paradigma, aliás, que auxilia a corroborar tal percepção, pode ser encontrado no pronunciamento do ministro Gilmar Mendes na ADPF de nº 130. Em um dos muitos trechos de seu voto, transcrito logo abaixo, é difícil não notar, principalmente quando da última frase ali contida, uma correspondência entre o que o magistrado informa ter por objetivo realizar, e aquilo a que Tushnet denomina como o método do universalismo normativo, ou ao que Choudry nomeia como sendo o método universalista simplesmente.

Isso porque, como ambos partem de idêntico pressuposto, qual seja, o de que o constitucionalismo implica na adoção de inúmeros princípios, tais como, o da participação política, o de igual tratamento abaixo da Lei, o de liberdade de consciência, o de liberdade expressão e tantos outros, por consequência, o que se espera dos magistrados, quando estes se propõem a desempenhar uma pesquisa optando por qualquer um dos dois métodos,

103 Muito em conta talvez, por que como desconfia Ferraz Júnior (2013, p. 293), no processo decisório “[...] embora formalmente primeiro apareça a regra, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade, o decisor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo primeiro a conclusão a que se deve chegar, para então buscar regressivamente suas premissas [...]”, dentre elas, o material alienígena.

é a de que os mesmos efetuem uma comparação entre as distintas versões de como um idêntico postulado é trabalhado em outros locais, para que a partir deste exercício se possa melhor entendê-lo¹⁰⁴. Como se pode perceber na sequência é exatamente isso o que o ministro Gilmar Mendes se projeta a realizar:

[...] No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita a jurisprudência das cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa. Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1º Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do ‘mercado das ideias’ e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, resalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*. [...] Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso caso *Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa. Analisemos cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático [...]¹⁰⁵.

De acordo com o exposto, a mesma situação pode ser vista na manifestação do ministro Menezes Direito, por ocasião de idêntico julgamento. Em tal oportunidade, e logo após fazer menção à precedentes da Suprema Corte norte-americana e do Conselho Constitucional francês, o magistrado concluiu se expressando da seguinte forma: “[...] vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias [...]” (ADPF nº 130, Voto do Ministro Menezes Direito, p. 90).

104 Cf. TUSHNET, 2008, pp. 05-06; CHOUDRY, 1999, p. 833.

105 ADPF nº 130, Voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 210-211.

Ora, o que se pode entender do excerto é que as referências estrangeiras não foram utilizadas pelo togado com o fito, por exemplo, de se compreender somente um cenário jurídico externo e qualquer, mas sim e em idêntica linha ao que como visto, é proposto tanto pelo método universalista, quanto pelo seu equivalente, o método do universalismo normativo, enquanto exemplos capazes de auxiliar o juiz na tarefa de desenvolver uma compreensão geral e mais robusta do princípio em análise, na situação específica, a liberdade de expressão¹⁰⁶.

Contudo, ocorre que a exceção de ambos os casos, nenhum outro com características que também pudessem indicar uma simetria com um dos métodos apresentados por Tushnet e Choudry pôde ser encontrado. Talvez, em relação ao funcionalista, por que como sublinha o próprio professor de Harvard¹⁰⁷, este é um tipo que tem por foco a comparação entre estruturas institucionais no plano positivo. Da mesma forma, com relação ao método contextualista, este, como já visto, contextualizar não é uma preocupação à que nossos ministros procuram se colocar. Além disso, quanto o da *bricolage*, este possivelmente por que o mesmo implica em incertezas e riscos bastante consideráveis¹⁰⁸. Já no que tange ao genealógico, como assume Choudry¹⁰⁹, este é restrito a um pequeno conjunto de países que possuem entre si uma relação normativa familiar. Quanto ao dialógico, a razão pode estar contida no fato de sê-lo complexo demais, já que demanda serem perseguidas três etapas para o seu sucesso¹¹⁰. E por último, e mais provável, é possível que a causa seja ainda, tanto o desconhecimento, quanto o desprezo por estas estratégias.

Seja como for, e mesmo que não sejam qualquer uma destas suposições, certo é que a ausência de mais exemplos apenas reforça que o uso do material estrangeiro, pelos juízes que compõem o Supremo, constitui-se,

106 É o que também sublinha Mark Tushnet (2008, p. 08), segundo o qual “[...] para os universalistas, princípios gerais tais como liberdade de expressão e o da dignidade humana, entram em conflito quando alguém realiza um discurso castigando um grupo racial ou religioso de uma nação. Examinando como outras nações acomodaram esses princípios, pode ser um exercício útil no desenvolvimento dos contornos de como qualquer nação deve lidar com o discurso do ódio [...]”.

107 Cf. TUSHNET, 2008, p. 08.

108 Segundo Günter Frankenberg (2012, p. 187) como ao se adotar este método, o magistrado se agarra a qualquer solução estrangeira sem conhecê-la suficientemente bem, o risco que se corre é o de que a importação seja rejeitada pelo poder das elites ou da sociedade civil, ou não seja adaptável a cultura constitucional existente e ao arranjo institucional.

109 1999, p. 907.

110 Cf. CHOUDRY, 1999, pp. 857-858.

de fato, e ao menos explicitamente, como uma prática metodologicamente precária.

Por derradeiro, a questão que se impõe ainda a saber é se os ministros em suas manifestações procuraram desempenhar alguma crítica quanto a isso, e quanto a qualquer outro aspecto controverso desta prática, ou se ao oposto se abstiveram de participar de maiores discussões neste curso. Em resposta a esta dúvida, e diversamente do que ocorre, sobretudo, no contexto norte-americano, onde, como se sabe, há um intenso debate protagonizado na maior parte das vezes pelos *Justices* Antonin Scalia e Stephen Breyer¹¹¹, sempre sobre importantes questões relacionadas ao uso do material de direito constitucional comparado pela *Supreme Court*, o que se viu entre nós, a partir da observação dos pronunciamentos dos juízes, contidos nos casos à que aqui se têm estudado, foi que qualquer opinião mais elaborada ou debate mais intenso, que se amoldasse no sentido de se colocar contra ou de se refletir a respeito deste exercício, foi inexistente.

Assim, quando feita alguma objeção ou colocação, e somente duas foram às oportunidades em que isso se deu, as mesmas foram realizadas apenas tímida e superficialmente, sem que delas se seguisse qualquer polêmica¹¹². Um primeiro destes exemplos está contido na declaração perpetrada pelo ministro Moreira Alves no HC nº 82424. Na ocasião, malgrado o juiz tenha na sequência feito uso do arcabouço comparatista, o mesmo expôs suas reservas quanto a esta prática, pondo foco, conforme se pode ver abaixo, no aspecto cultural:

[...] prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as

111 Na linha do que salienta Gábor Halmai (2012, p. 1332): “[...] os diferentes argumentos normativos a respeito da relevância do material estrangeiro para a resolução de casos constitucionais, especialmente na prática da Suprema Corte norte-americana, podem ser extraídos de uma conversa entre o *Justice* Antonin Scalia e o *Justice* Stephen Breyer. Ambos concordam que o uso do direito comparado não possui autoridade, isto é, não possui a força de um precedente. Contudo, para Scalia, tal aparato não é nem legítimo, nem útil, enquanto para Breyer, o mesmo é tanto útil quanto legítimo, desde que seja considerado apenas e tão somente enquanto um elemento importante para o seu conhecimento e não como uma referência que possui autoridade [...]”.

112 Isso por que é costume no Supremo, o fato de que ao ser pronunciado algo controvertido, algum magistrado que queira com isso discordar ou ratificar, peça ao colega um aparte, ainda que interrompa a leitura do voto. Como não fora feita a transcrição de nenhum debate oral neste momento, isso nos leva a crer, portanto, que as únicas colocações feitas não chamaram nem de longe a atenção dos outros juízes.

tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo [...] (HC nº 82424, Voto do Ministro Moreira Alves, p. 608).

Já uma segunda vez, fica ainda pelo pronunciamento do ministro Marco Aurélio, emitido no curso do mesmo julgamento. Nele, e como se pode ver no trecho reproduzido logo a seguir, o togado em igual direção, mas com uma perspectiva distinta daquela elaborada pelo ministro Moreira Alves, direcionou a sua crítica para a ameaça que o referido material, segundo seu entendimento, poderia gerar para a identidade jurídica nacional, valendo-se para tanto dos seguintes termos:

[...] repita-se, inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a ideia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais vigor. É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade [...] (HC nº 82424, Voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 893-894).

Ora, apesar de ficar perceptivelmente manifesto, a partir da leitura destes excertos, que inexistem em nossa corte maior, uma aguerrida e significativa oposição à utilização de referências estrangeiras por aqueles que a compõe, tal constatação sugere consigo, porém, tanto um ponto positivo, quanto um ponto negativo. Positivo, porque com isso e ao que parece, todos os membros do Supremo, mesmo os autores das rasas críticas vistas acima¹¹³, compartilham de um idêntico senso de abertura e aceitação

113 Uma vez que isso não os impediu de na sequência de suas colocações, se utilizarem do aparato alienígena.

para com esta prática. Algo, por consequência, que situa nossa corte constitucional, segundo a classificação de Jackson¹¹⁴, no patamar de ser um tribunal que com ela é engajado¹¹⁵. Já negativo, por outro lado, pois a ausência de qualquer ponderação ou desaprovação levanta ainda e por fim, a suspeita de que o referido exercício é levado adiante pelos magistrados de forma acrítica. Quer dizer, os juízes simplesmente se utilizam do material comparatista, sem se interessarem, ato contínuo, por articularem qualquer reflexão sobre o que estão a fazer¹¹⁶.

5. Considerações finais

Pode-se perceber nesta pesquisa a clareza das peculiaridades demonstradas, estejam todas elas relacionadas apenas e diretamente com os casos de liberdade de expressão. Mas é igualmente provável, porém, que estas sejam bastante representativas de como a corte, de fato, atua. Sendo assim, faz-se importante que se acione aqui e de pronto, um sinal de cautela. Afinal, na esteira do que se pode averiguar, como a utilização do arcabouço alienígena pelo Supremo, tem sido levada à frente por seus juízes de modo embaçado, incoerente e mais do que isso, descomprometido, tal fato acaba concorrendo tanto para a diminuição das potencialidades do mencionado material, já que restringe e muito suas contribuições, quanto e da mesma forma, obstrui um necessário e possível controle de parte da função judicante, abrindo margem, por conseguinte, para a tomada de decisões arbitrárias e julgamentos ilegítimos.

Portanto, a fim de que se supere isso, ignorar como até então tem sido feito, certamente não é a melhor das soluções, o que se leva a crer que outra alternativa não há, senão uma que passe pelo encaminhamento de esforços intelectuais, sejam eles desempenhados pela academia, sejam eles levados

114 2007, p. 171.

115 Isso seria positivo, pois de acordo com Vicki Jackson (2009, pp. 130-131), os benefícios de uma postura de engajamento não se encerram apenas no fato de que através dela, as referências estrangeiras funcionam enquanto uma lente crítica que auxilia na tarefa de avaliar as necessidades e os valores de nosso próprio sistema, mas estão contidos também no fato de que ao existir múltiplas relações de engajamento, avaliação, crítica e apreciação, abre-se a partir daí a oportunidade para que cada democracia constitucional aperfeiçoe seu próprio sistema.

116 A ausência de reflexão dificulta em certa medida, tanto a correção de eventuais falhas, já que estas passam a não ser debatidas, quanto também o aprimoramento daquilo que apesar de bem articulado, pode ser aperfeiçoado.

adiante por aqueles que são os principais atores que da mencionada prática se socorrem, os magistrados, no sentido de se pensar em estratégias que possam se contrapor ou ao menos restringir estes efeitos deletérios. Isso por que, e valendo-nos do que muito bem coloca Austen Parrish¹¹⁷, o problema não está e nem se encontra no fato da corte fazer menção a referências estrangeiras para a resolução das causas que lhes são apresentadas, mas sim, reside no sucedido de como este aparato vem por ela sendo utilizado, ou seja, de forma pouco sofisticada pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências Bibliográficas

- ANNUS, Taavi. Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. In: *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 14, 2004.
- BARENDT, Eric. Importing United States free speech jurisprudence. In: CAMPBELL, Tom; e SADURSKI, Wojciech. *Freedom of communication*. Hanover: Dartmouth publishing, 1994.
- BENVENUTO, Osmar. Reevaluating debate surrounding the supreme court's use of foreign precedent. In: *Fordham Law Review*, v. 74, n.º 5, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BREYER, Stephen. Keynote Address. In: *American Society of International Law*, n.º 97, 2003.
- BRUDNER, Alan. *Constitutional goods*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- CARVALHO, Sérgio; e CAMPOS, Weber. *Estatística Básica Simplificada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CHOUHDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitution interpretation. In: *Indiana Law Journal*, v. 74, 1999.
- _____. Migration as new metaphor in comparative constitutional. In: CHOUHDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

117 2007, p. 657.

- FONTANA, David. Refined comparativism in constitutional law. In: *University of California Law Review*, n.º 49, 2001.
- FRANKENBERG, Günter. Comparative Constitutional Law. In: BUSSANI, Mauro; e MATTEI, Ugo. (Orgs.). *The Cambridge companion to comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- HALMAI, Gabor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. (Orgs.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. In: *Federal Law Review*, v. 35, n.º 02, 2007.
- _____. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos; e BUNN, Alini. *Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado*. Manuscrito oferecido pelo autor. Não Publicado.
- KERSCH, Ken. The new legal transnationalism, the globalized judiciary, and the rule of law. In: *Washington University Global Studies Law Review*. v. 4, n.º 2, 2005.
- KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*. New York: New York University Press, 2006.
- LOLLINI, Andrea. Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African Constitutional Court. In: *Utrecht Law Review*, v. 3, n.º 1, 2007.
- _____. The South African Constitutional Court experience: reasoning patterns based on foreign law. In: *Utrecht Law Review*, v. 8, n.º 2, 2012.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n.º 04, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- MURKENS, John Eric Khushal. Comparative constitutional law in the

- courts: reflections on the originalists' objections. In: *LSE – Law, Society and Economics Working Papers*, n.º 15, 2008.
- OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- PARRISH, Austen. Storm in a teacup: the U.S Supreme Court's use of foreign law. In: *University of Illinois Law Review*, n.º 02, 2007.
- PEGORARO, Lucio. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; e LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Orgs.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Ciudad del México: UNAM, 2008.
- RAUTENBACH, Christa. South Africa: teaching an “old dog” new tricks? An empirical study of the use of foreign precedents by the South African Constitutional Court. In: GROPPPI, Tania; e PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- ROSENFELD, Michel. Constitutional migration and the bounds of comparative analysis. In: *New York University Annual Survey of American Law*, v. 67, 2001.
- SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, 2006.
- _____; e STONE, Adrienne. Reference to foreign precedents by the Australian high court: a matter of method. In: GROPPPI, Tania; e PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson S.L, 2011.
- SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n.º 94, 2008.
- SMITS, Jan. Comparative law and its influence on national legal systems. In: REIMANN, Mathias; e ZIMMERMANN, Reinhard. (Orgs.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University press, 2006.
- STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: GINSBURG, Tom; e DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

- TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. In: *Yale Law Journal*, n.º 108, 1999.
- _____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Mexico D.F: UNAM, 2004.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WEINRIB, Lorraine. Constitutional concepts and constitutional comparativism. In: TUSHNET, Mark; e JACKSON, Vicki. *Defining the field of comparative constitutional law*. Connecticut: Praeger, 2002.

Recebido em 30 de março de 2015

Aprovado em 17 de dezembro de 2015

A Defense of Nonideal Theories of Justice

Uma Defesa de Teorias de Justiça Não Ideais

Daniela Goya-Tocchetto*

College of Charleston, Charleston – South-Carolina, United States

(...) we should always carefully separate the empirical from the rational part, and prefix to Physics proper (or empirical physics) a metaphysic of nature, and to practical anthropology a metaphysic of morals, which must be carefully cleared of everything empirical, so that we may know how much can be accomplished by pure reason in both cases.

(Kant, Groundwork)

1. Introduction

The above quote by Immanuel Kant vividly instantiates a methodological position that has been prevalent in contemporary¹ political philosophy at least since the publication of John Rawls' groundbreaking *A Theory of Justice*, in 1971 – namely, the adherence to ideal theories and rationalism as the proper way to arrive at principles of justice. This methodological stance has been conducive to the present state of affairs in political philosophy, characterized by an ongoing rationalist debate easily recognized in the endless contemporary publications in the major journals of the field.

* Professor in the Departments of Philosophy and Economics at College of Charleston (SC, United States). E-mail: danielagt@gmail.com.

1 "(...) what is connoted by our focus on *contemporary* political philosophy? Within the analytical tradition of thought, as that affects both philosophy and other disciplines, political philosophy has become an active and central area of research in the past three or four decades; it had enjoyed a similar status in the nineteenth century but had slipped to the margins for much of the twentieth. In directing the *Companion* to contemporary political philosophy, we mean to focus on this recent work" (*Companion*, 2012, p. xvii).

As a consequence of this idealist and rationalist attitude, contemporary political philosophers have been making very little use of surmounting evidence about human morality gathered by primatologists, evolutionary biologists, psychologists, experimental economists, and neuroscientists.

There are certainly remarkable exceptions. Even neo-Kantian political philosophers such as Rawls himself have been sensitive to empirical findings from a subset of fields, like economics and other social sciences.² In Rawls's case, the degree to which he demonstrated being sensitive to the workings of the empirical world is especially noteworthy. Most political philosophers address empirical data about human behavior solely after the principles of justice are in place, so as to check the *feasibility* and the *stability* of their proposed set of justice principles. Rawls does in part fit with this general way of proceeding shared by the majority of his fellow political philosophers. Nonetheless, he goes beyond this standard *modus operandi*.

In the second part of his second principle of justice, he makes a concession to unequal distributions of income insofar as this inequality is capable of improving the lives of those least advantaged in society—the so-called *difference principle*. This concession is the result of incorporating the teachings of economics, more specifically, the idea that incentives are necessary in order for people to perform their best. In this manner, Rawls fully acknowledges and addresses the empirically demonstrated tradeoff between efficiency and equality, shaping the form of his second principle of justice so as to properly incorporate this economic fact.

Hence, my claim in the present paper does not amount to stating that contemporary political philosophers have been completely oblivious to the results of the empirical sciences. My argument rests on the identification of three problems with the manner in which political philosophers have assimilated the relevance of empirical evidence. Firstly, political philosophers have not yet embraced all sorts of empirical evidence – this is especially true in relation to the findings from the natural sciences. Secondly, the degree to which philosophers have taken account of the results from empirical sciences is still rather incipient. In this sense, it seems necessary to give all the relevant empirical evidence, from the social and the natural sciences, due consideration. Thirdly, most political philosophers have

² It is important to stress at this point that political philosophers have more easily incorporated empirical findings from the social sciences than from the natural sciences.

incorporated empirical findings late in the process of the development of theories of justice. That is, they have turned their attention to actual human moral behavior *after* the principles of justice are already in place, solely in order to check whether these principles pass the tests of being both feasible and stable.

Rawls is an example of a philosopher that incorporated empirical findings in the formulation of his principles. Nonetheless, he still falls short of addressing a variety of empirical sciences that are relevant to the understanding of human moral behavior. All the more, Rawls remains a Kantian in his ultimate foundation of justice, and the rationalist flavor that underlies his works is quite explicit. This is most likely a consequence of his methodological choice to construct an *ideal* theory of justice. As has been the focus of very recent debate, we should pay more attention to the development of *nonideal* theories of justice³.

In his book *The Enlightenment of Sympathy*, Michael Frazer offers an interesting analysis of the historical reasons that lead contemporary political philosophers to be hesitant about embracing a broader incorporation of empirical evidence in their theories of justice. Frazer (2010) claims that in the eighteenth century we have witnessed the emergence of two distinct enlightenments: the Kantian enlightenment of reason, and the Humean enlightenment of sentiment. Contemporary political philosophers, Frazer alleges, followed Kant down the rationalist path. As a consequence, they embraced our rational faculties alone as the proper ground for all normative systems. Once it is agreed that human morality can be grounded solely in our rational faculty alone, all moral systems are understood as axiomatic systems based on ideas such as inalienable rights and duties, and usually guided by the core value attached to human dignity. And, once we start working under an axiomatic framework, empirical evidence becomes less and less useful—this is my hypothesis for why we stand where we presently stand.

Recently, however, some exceptions to this traditional approach have been emerging. Pluralists such as David Miller and Michael Walzer have

3 I refer here to nonideal theories as exposed by Amartya Sen in his latest book, *The Idea of Justice*. In this book, he argues against the development of what he calls transcendental theories of justice, and in favor of the so-called comparative approach to justice theories. Recent work on the implementation of nonideal theories can be found in Wiens (2012). Yet this debate is not the focus of this paper. Before one argues for nonideal or comparative theories, one has to be certain that all arguments against the broader incorporation of empirical evidence in the development of political philosophical theories of justice are not valid. Therefore the present focus in the assessment (and dismissal) of these arguments.

developed theories of justice that heavily rely on folk intuitions about justice – thus paying closer attention to findings from the empirical sciences regarding human moral beliefs and behavior. In the development of their respective political theories, they demonstrate a high concern with pragmatic viability, which results in the endorsement of a plurality of principles amongst the different spheres of human life. The observance of this plurality emancipates philosophers from the supposed necessity of having a single set of principles that is valid for all types of social contexts.

In a distinct vein, utilitarian theorists such as Peter Singer and Peter Unger are also more open to the usage of empirical evidence whenever it is relevant to their subject matter. The difference is that utilitarians draw on the empirical sciences not to better understand folk intuition, but to downplay its authority on the derivation of moral principles and, subsequently, to argue for consequentialism. Notwithstanding these recent efforts, empirically informed theorizing about justice is far from being part of mainstream contemporary political philosophy.

Hence the fact that the most prominent political philosopher of the twentieth century incorporates a limited range of empirical evidence in his theorizing does not offset the pressing need for a more significant role for the empirical sciences in the development of contemporary political philosophical theories of justice. In this context, we should ask ourselves: are there any reasons to stand in opposition to the aforementioned empirical scarcity identified in the contemporary political philosophical literature on justice? After all, why would all sorts of empirical evidence about human moral behavior be significant for Political Philosophy? And if so, in which ways would it be significant? To address these questions is the aim of the present paper.

The paper is structured in five sections. The second section, following this introduction, presents the two main arguments philosophers have maintained against a broader empirically informed political philosophy. Subsequently, the third section addresses these critiques, expressing all the arguments for their dismissal – together forming a positive case for embracing all the empirical evidence. The fourth section brings out a more ambitious argument in favor of the relevance of empirical data for theorizing about justice. Finally, the fifth section provides a brief discussion about the proper role of the empirical sciences in contemporary political philosophy.

2. The arguments against empirically informed theories of justice

According to David Miller, philosophers generally appeal to two main arguments in order to refrain from getting their hands ‘empirically dirty’⁴. The first argument states that empirical research is unable to reveal people’s *considered judgments* about justice; while the second argument relies on the logical gap between what people’s actual beliefs *are* and what they *should* be – the widely known argument for the logical impossibility of deriving an *ought* from an *is* (so-called ‘natural fallacy’). In this sense, Miller claims that political philosophers’ reluctance to give all relevant empirical evidence a significant role to play in the development of justice theories derives primarily from a distinction between justification and acceptance⁵. In this sense, showing that a belief is accepted, philosophers assert, shows neither that it is justified nor that it is normatively obligatory.

The ‘considered judgments’ critique addresses the folk’s alleged lack of specialized knowledge about morality. It is not a claim about the irrelevance of folk intuition for moral theorizing; a point that would be at the very least strange in face of the long tradition of reliance on human intuitions in moral and political philosophy. For instance, philosophers as distinct as Aristotle and Rawls explicitly appeal to folk intuitions about justice in the development of their respective theories. Thus, what prevents the philosopher from relying on the empirical sciences is a methodological stance – a claim that armchair theorizing is the appropriate philosophical way of proceeding given the incapacity of the general population to properly formulate its considered judgments about morality. Numerous philosophers adopt the same methodological attitude. Their claim is not that intuitions are irrelevant; it is specifically that *folk* intuitions are irrelevant.

The ‘natural fallacy’ critique addresses the logical conditions limiting or allowing the collaboration of normative ethical theories and empirical sciences. That is, it constitutes a logical claim. Hume states in *A Treatise of Human Nature* that, while the logical value of being true or false can be attached to empirical statements, the same is not possible for normative statements. Thus, it is logically inadmissible to infer *ought* statements from *is* statements. The issue at stake here, I will argue, is that one does not have

4 MILLER, 2003, p. 42.

5 *Ibid.*

to deny this logical impossibility in order to embrace a thoroughly empirically informed political philosophy.

It is important to stress that advocating for the importance of a broad empirical understanding of the main concept of political philosophy, namely justice, neither implicates a naive endorsement of accepted beliefs as justified ones, nor constitutes an infringement of logical rules. The recognition of the relevance of empirical data about the nature of human morality constitutes an acknowledgment of its proper role in helping to develop political theories that are both reliable and feasible, as will be argued in the remainder of this paper.

3. The arguments in favor of empirically informed theories of justice

In this section I will address the main arguments against an active collaboration between political philosophy and all of the relevant empirical sciences. This collaboration could be understood in two different ways: political theory informing the empirical sciences, and the empirical sciences informing political theory. Here I restrict my attention to the latter form of collaboration.

In order to address the main contentions against a substantially empirically informed political philosophy, as described in the previous section, the *arguments in favor of taking the relevant empirical evidence seriously* will be organized under two broad groups: (i) Against the ‘Considered Judgments Critique,’ and (ii) Against the ‘Natural Fallacy Critique.’

(i) Against the ‘Considered Judgments Critique’

There are over-determining reasons for the dismissal of this critique. For starters, it is crucial to bear in mind that this critique is not aimed at the dependence on human intuitions in political philosophical theorizing. The central point of the ‘considered judgments critique’ is the alleged inappropriateness of employing the methods of the empirical sciences to arrive at philosophical intuitions. The mainstream method that philosophers draw on to assess our intuitions is the so-called armchair philosophical method. This method is characterized by the lonely reasoning about the issues at stake, so as to enable the trained philosopher to envisage by introspection alone which intuitions are relevant to his subject of interest.

In this respect, there are two main grounds on which we should be suspicious of armchair philosophy and in favor of an empirically informed practice. Firstly – and unsurprisingly, there is widespread disagreement among philosophers about which moral intuitions are universally shared by the laypersons. The pervasiveness of this disagreement is a sign that there is something suspicious about armchair philosophy. After all, how can an accurate method of arriving at our *shared* intuitions result in the attainment of distinct – and even divergent – claims? This first argument does not constitute a claim that empirical methods are more adequate for normative philosophical theorizing; it is intended to undermine the superiority of armchair philosophy. I will call this first argument ‘The Disagreement Argument.’

Secondly, the incoherence we encounter amongst folk intuitions does not itself constitute an impediment to the incorporation of commonsense morality in political philosophical theorizing. Many philosophers have argued against relying on folk intuitions based on the claim that it is of the utmost relevance to be able to arrive at a coherent set of intuitions and that, in order to do so, one needs philosophical specialized training. For those philosophers, the incoherence we encounter among the folk is an indication that they lack such specialized knowledge. I will argue against this claim. Moreover, I will contend that folk intuitions serve to illuminate political theories in several ways. This is a positive argument for the incorporation of empirical methods in political philosophy. This second argument is the so-called ‘Expertise Defense Argument.’

The Disagreement Argument

One instance of the philosophical disagreements about folk intuitions generated via armchair methodology is provided by an analysis of the traditional ‘justice as impartiality’ approach⁶. This conception of justice can be found in a variety of cultures and historical periods, as explicitly exemplified by the pervasiveness of the *Golden Rule*: “do unto others as you would have them do unto you.” Contemporarily John Rawls and John Harsanyi, defenders of the opposite ethical systems liberal egalitarianism and utilitarianism, respectively, have both endorsed this methodology. Frohlich & Oppenheimer show that, from a theoretical perspective, they

6 FROHLICH; OPPENHEIMER, 1992.

should both have arrived at precisely the same principles⁷. Yet this is not what happened.

Frohlich & Oppenheimer contend that, once we achieve philosophical agreement on the role of impartial procedures for judgments of justice and on the ideal conditions of impartiality, *the specific content of the principles will be better arrived at through the proper design of experiments than through armchair reasoning*⁸. That is, armchair philosophy would still have an essential function, namely, the definition of the appropriate role of impartiality and of its ideal conditions.

This example illustrates just one possible relation between empirical inquiry and theories of justice, but one that has already generated an entire research program in political science: the use of laboratory experiments, usually with college students, designed to reveal the judgments of individuals under controlled conditions of impartiality⁹. Unsurprisingly, the political philosophical community has largely ignored this research program.

In the face of widespread disagreement amongst philosophers about which intuitions are universally valid, we cannot help questioning the alleged superiority of the armchair methodology. After all, if it is assumed both that there are *common* intuitions *shared* by every average human being concerning moral issues and that the right method to arrive at these intuitions is armchair philosophy, how can one justify different philosophers arriving at incongruent intuitions via the exact same supposedly accurate and impartial method?

The Expertise Defense Argument

Another reason one can present in favor of an empirically informed methodology in political philosophy is the aforementioned claim that incoherence among folk intuitions is not sufficient for their dismissal as irrelevant. Quite the contrary, folk intuitions illuminate political philosophical theorizing in several ways.

One of the usual routes philosophers take to argue that laypersons' incoherent intuitions are a sign of their incapacity to achieve considered

7 FROHLICH; OPPENHEIMER, 1992.

8 *Ibid.*

9 For a good review, see "Empirical Social Choice: Questionnaire-Experimental Studies on Distributive Justice" (GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010).

judgments is the so-called ‘expertise defense.’ The expertise defense maintains that philosopher’s professional training is a necessary condition for the attainment of accurate philosophical intuitions¹⁰.

Yet this defense is not sustainable. There is overwhelming data showing that expert philosophers behave in much the same way as the laypersons. Moreover, there is data revealing that personality traits exert influence on the intuitions of verifiable experts – and that they also remain unaware of this influence¹¹.

Additionally, contemporary research in moral psychology has been providing cumulative evidence that most human intuitions are messier than we had anticipated – and the philosopher’s intuitions are not immune to this messiness. Yet the fact that our intuitions are muddled does not straightforwardly imply that we should not take them seriously, or that the task of the philosopher is to render them coherent – as one could flippantly think.

On the contrary, this *incoherence* may be illuminating in several ways – many of which we may to date be still unaware. There are at least four ways in which data about this incoherence has already been illuminating present research – individually discussed in the following paragraphs: (i) uncovering the biases that generate some of these incoherencies; (ii) revealing the distinctive psychological and neurological mechanisms responsible for the generation of these differences in our moral intuitions; (iii) informing us about the roles that distinct moral intuitions played evolutionarily and psychologically in human development; and (iv) revealing how our intuitions are subject to the influence of personal characteristics.

Regarding the first way, there is an extensive body of evidence that shows that our moral intuitions are subject to a wide variety of framing effects¹². As a result, philosophers have started arguing that we should discard moral judgments that we have good reason to suspect are distorted by morally irrelevant factors. They claim that considered judgments should be held on the basis of undistorted, unbiased reasons. Thus, it is useful to learn whether there are conditions under which our judgments about justice are distorted by morally irrelevant factors.

10 FELTZ; COKELY, 2012, p. 238.

11 For a review of this evidence, see *Ibid*.

12 Classic examples of such distortions are illustrated in Kahneman & Tversky, “Choices, values, and frames” *In: American Psychologist*, 39, 1984, pp. 341–350.

In light of these framing effects, Sinnott-Armstrong argues that we are becoming more and more capable of distinguishing which intuitions are originated through reliable mechanisms and which are not¹³. Moreover, Sinnott-Armstrong claims that we are now aware of the fact that not all of our intuitions are readily reliable. As a result of this awareness, the author makes a case for the permanent need of *confirmation* of our intuitions before we can confidently rely on them for the purposes of normative theorizing.

The second manner in which the incoherence amongst folk intuitions can shed light on philosophical issues is by revealing the distinctive psychological and neurological mechanisms responsible for its origin. In this regard, Haidt contends that psychological research has been revealing that it is an emotional process that ultimately generates our moral judgments. Haidt takes this reasoning even further, maintaining that:

Reason can let us infer that a particular action will lead to the death of many innocent people, but unless we *care* about those people, unless we have some *sentiment* that values human life, reason alone cannot advise against taking the action¹⁴.

In a related vein, Greene gathers evidence from neuroimaging that corroborates Haidt's findings¹⁵. Greene shows that our deontological moral judgments are associated with the activation of brain parts responsible for our emotions. Additionally, he shows that different parts of the brain are activated when we engage in consequentialist moral judgments. Under this latter case, the parts that are activated the most are the ones associated with rational cognition.

The third way in which the incoherence of folk intuitions illuminates our understanding of morality is by informing us about the roles that distinct moral feelings played evolutionarily and psychologically in the course of human natural history. Here again Greene presents us with an interesting line of reasoning based of his empirical findings. He contends that our deontological judgments are in place so as to enable us to live in groups and cooperate with one another. Yet, evolutionarily, these judgments are

13 SINNOTT-ARMSTRONG, 2005.

14 HAIDT, 2001, p. 345.

15 GREENE, 2001; *Ibid.*, 2004.

only fit for small-scale societies – the ones in which we have been living in for the greater part of human history. In his own words, Greene says:

I believe that consequentialist and deontological views of philosophy are not so much philosophical inventions as they are philosophical manifestations of two dissociable psychological patterns, two different ways of moral thinking, that have been part of the human repertoire for thousands of years¹⁶.

The fourth and final manner in which the incoherence of folk intuitions can enlighten political philosophical theories is by revealing personal biases in existing approaches. That is, the data can show that allegedly accurate intuitions reached through the traditional armchair process are actually the result of a psychological distortion. Empirical research has shown that individual's conceptions of justice tend to be related with personal characteristics. For instance, Alesina & Giuliano report that more educated individuals tend to be more averse to redistributive policies, while the opposite holds for women, blacks and respondents with a history of unemployment, or those who were raised Catholic or Jewish¹⁷. This evidence signals the necessity of making a conscious effort to be aware of these sources of biases, so that philosophers can at the very least try to avoid them. Nagel points in a similar direction when he argues that individual personal characteristics flavor every great philosopher's version of reality:

(...) philosophical ideas are acutely sensitive to individual temperament, and to wishes. Where the evidence and arguments are too meager to determine a result, the slack tends to be taken up by other factors. The personal flavor and motivation of each great philosopher's version of reality is unmistakable¹⁸.

Hence, there is no good argument for the dismissal of folk intuitions. The claim that laypersons are not capable of arriving at considered judgments, while expert philosophers would enjoy this capacity, is not defensible. As maintained in this subsection, we hold good reasons for paying due attention to folk intuitions when developing political philosophical theories.

16 GREENE, 2008, p. 37.

17 ALESINA; GIULIANO, 2009.

18 NAGEL, 1986, p. 10.

(ii) Against the ‘Naturalistic Fallacy Critique’

In this subsection I will address the arguments in favor of the dismissal of the natural fallacy critique. Once again, I emphasize that this group of arguments does not in any manner imply a refutation of the natural fallacy; the logical claim it states remains valid. The arguments that are exposed in this subsection are only intended to refute the use of the natural fallacy as an impediment to empirical and normative collaboration. The arguments that will be respectively examined in this subsection are: *The Feasibility Argument*, *The Public Support Argument*, *The Translation Argument*, *The Measurement Argument*, *The Motivational Argument*, *The New Insights Argument*, and *The Complementation Argument*.

The Feasibility Argument

Schleidgen et al. argue that Hume’s Law logically substantiates the boundaries of empirical-normative collaboration in philosophy, while the Kantian “ought implies can” principle clarifies its particular prospects¹⁹. They refer in this clarification to the first argument one can make for an active collaboration between the empirical sciences and normative theories: the so-called ‘feasibility argument’. Notably, contemporary political philosophers hardly ever deny this argument.

The clarification made by Schleidgen et al. regards the necessity of better understanding human moral behavior so as to demarcate the realm of possibilities for the behavioral dictates of political philosophical theories. In this sense, it is imperative to comprehend what we as humans are *capable of* doing before we establish what we *should* be doing – can must precede ought. As Schleidgen et al. emphasize, “it is not sufficient for moral norms to demand acts which are logically possible, but empirically impossible due to factual incapacities of moral real subjects”²⁰.

In this first manner of collaboration, the empirical social and natural sciences can contribute to normative theorizing by helping political philosophers to: (i) specify internal cognitive and motivational capabilities and limits of human agents; (ii) understand externally determined conditions, which are the basic conditions of specific situations which structure the

19 SCHLEIDGEN *et al.*, 2010.

20 *Ibid.*, p. 8.

range of possible actions but cannot be influenced by the agents; and (iii) answer questions like how agents actually act in certain situations (which is important in order to evaluate the viability of the norm). Even if we decide to stick with a norm that is initially not viable, it is still important to understand, as well as possible, how difficult it will be to change human behavior so as to fit the norm and in which ways this change can be achieved.

Hence empirical evidence is crucial at least insofar as political philosophical theories aim at providing guidance for real institutions in real world situations. Once one has a theory of justice and its principles, how can one be sure that people will actually be capable of abiding by them? As nicely stressed by Gaertner & Schokkaert: “Thinking about the content of justice without the desire of making the world more just, is like pouring out a glass of water and then refusing to drink”²¹.

The Public Support Argument

The second argument in favor of interdisciplinary research in political philosophy can be called the ‘public support argument’. If principles of justice are to serve as guidance for the implementation of public policies, it is of the utmost relevance that these principles share the support of the general population. The fact that this support is directly dependent on the folk’s values and preferences makes it essential for a political philosopher to know what these values and preferences are and to understand as much as possible how they originate and how they evolve over time²².

Even if the political philosopher is not going to have his convictions a bit shaken due to the fact that no one shares his considered judgments about justice – already a difficult pill to swallow – it is still paramount to know that such is the case. This relevance is due to the fact that this widespread rejection will be a measure of the likelihood with which policies based on those principles will be effective in the real world.

Alesina and Angeletos provide an interesting example of such relevance. Their research focuses on the reciprocal influence between social values and economic policy²³. The authors show that the values that peo-

21 GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010, p. 8.

22 “Empirical research on the acceptance of notions of justice by different social groups is therefore essential to understand the social environment in which policy decisions are taken.” (*Ibid.*).

23 ALESINA; ANGELETOS, 2002; *Id.*, 2004.

ple hold about social justice matter for policy makers insofar as these values exert direct influence on the levels of government social expenditure. At the same time, the levels of social expenditure implemented by governments also matter for political philosophers insofar as they directly affect the beliefs about justice held by the folk. In this sense, the relevance of empirical evidence is undeniable. As once again nicely framed by Gaertner & Schokkaert, “Even if one considers the majority opinions to be ethically unacceptable, one still has to convince a sufficient number of citizens if one wants to implement one’s own supposedly superior conception of justice”²⁴. In a democratic State, folk intuitions can be shaped and molded, but they cannot be bypassed altogether.

The Translation Argument

The third argument for the use of empirical research in ethics can be called the ‘translation argument’²⁵. It states that empirical data should be used as a means to the translation of more general and abstract principles into specific and action-driven directives and guidelines that are both morally justified and workable in practice. The translation argument diverges from the feasibility argument because it claims that empirical data is only relevant *after* the basic principles are already in place; the only parts of the theory that can therefore be questioned by empirical findings are the so-called *practice rules*.

Schleidgen et al. argue that, when dealing with moral justifications for basic principles, it is best to focus on fundamental and systematic analysis, not on empirical issues²⁶. They advocate for two levels of analysis: (i) one level that explores the basic principles, which are “pure” and the development of which is the task of normative theorists alone; and (ii) one level that explores the practice rules, which should be empirically informed and tested.

The idea is that normative conclusions have to be translated into practice in accordance with its specific context and conditions. In this sense, the basic principles have to be translated into practice rules so as to come to terms with the specific limits of human thinking and acting. The ac-

24 GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010, p. 9.

25 SCHLEIDGEN *et al.*, 2010.

26 *Ibid.*

knowledge of this necessity poses a problem to the process of deriving practice rules exclusively from ideal conditions or ideal agents: the real world is not ideal and real people have cognitive and motivational limitations. Hence the derivation of normative practice rules has to be informed both by the ways in which the real world is not ideal and by our knowledge of people's cognitive and motivational limitations. In the following passage, Schleidgen *et al.* add that:

However, empirical analysis is neither part of the process of developing a moral norm nor included in the methodological repertoire of normative sciences. Hence, normative theory must rely on collaboration with empirical social sciences (a) when translating basic principles into practice rules and (b) when clarifying the criteria for applying a moral norm²⁷.

Under this view, basic principles should only get 'empirically dirty' when they include the so-called bridging principles. A bridging principle assumes the following form: an action A is demanded in accordance with a moral norm N iff criterion C is met; whereby criterion C must be tested empirically. This means that the conditions of applicability of the principle must be tested empirically.

We can find several examples of bridging principles – which can also be understood in terms of implementation conditions, such as: (1) All sentient beings should not be inflicted pain; the implementation condition is that the being in question is sentient, and this is an empirical claim; and (2) If acting according to N helps in stabilizing society one should act according to N; the implementation condition is that the norm N actually helps stabilizing society, and again this is an empirical claim.

Yet it seems questionable if the "implementation conditions" determine only whether the norm is applicable or not. Sometimes the implementation conditions seem to be determining whether the norm is *actually* valid or not. Some principles only make sense if the world is constituted in some specific way rather than others. For example, taking an extreme case, rational principles only make any sense if we are actually rational creatures. Respecting the rights of individuals only make sense insofar as individuals actually have rights – for example, look at the debates about natural rights

27 SCHLEIDGEN *et al.*, 2010, p. 5.

and economic rights, or new rights such as the right to labor. In the case of Rawls, for instance, the difference principle is only valid if in fact incentives are needed so as to make people work harder.

The Measurement Argument

The fourth argument can be called the ‘measurement argument’. It states that empirical data is significant because it helps us to grasp, describe, and explicate collective processes and changes, which in turn help us to measure the effects of certain norms or rules on the actual performance of agents. This measurement is especially important for the implementation of consequentialist principles insofar as their implementation is dependent on the various effects of distinct alternatives.

The Motivational Argument

The fifth argument can be called the ‘motivational argument’. It expresses the importance of psychological knowledge about the nature of human motivation. If justice principles are to have any real effect in the world, they should specify rules such that real individuals are motivated to follow. Sometimes empirical research may reveal why people diverge from moral norms while being at the same time cognitively able to agree with them. In this way, it may be possible to open novel approaches to motivate people to observe these rules²⁸.

The New Insights Argument

The sixth argument can be called the ‘new insights argument’. It highlights a different manner via which the empirical sciences can contribute to the development of ethical theories: by providing political philosophers with new insights, puzzles, and ideas, which may inform and change their theories. One example of such contribution can be found in the work of Yaari & Bar-Hillel²⁹. These researchers provide evidence for different perceptions of justice about the distribution of goods, depending on whether the distribution is characterized in terms of needs or in terms of tastes. This difference was not accounted for by welfarist theories of justice, and the evidence helped theorists to improve their comprehension of the subject.

28 SCHLEIDGEN *et al.*, 2010, p. 12.

29 YAARI; BAR-HILLEL, 1984.

Another example of this type of contribution is illustrated by the Pigou-Dalton principle, which states that every transfer of income from a richer to a poorer person that does not reverse the original income ranking of the two individuals is inequality decreasing. Amie & Cowell showed that a large parcel of the population does not accept this principle³⁰. One could have interpreted this as evidence of the folks' stupidity, but Ebert decided instead to take this evidence seriously³¹. Ebert's work led to the development of the principle of concentration (formerly introduced by Kolm³²), being followed by the reinterpretation of the idea of relative deprivation by Magdalou & Moyes³³.

In addition to providing novel insights in these and related ways, empirical research is also capable of pointing to new facts about the world—such as technological innovations, which demand new or revised principles³⁴. A prominent example of this sort of normative revolution initiated by changes in the world is the emerging field of neuroethics. Before the recent rise of brain research this new field would be unimaginable. Yet today it is one of the most promising areas of investigation in ethics.

The Complementation Argument

The seventh argument can be called the 'complementation argument'. It stresses yet another way in which the empirical sciences can collaborate with normative philosophy, namely, through the complementation of ethical theories. That is, empirical evidence may be needed so as to fill in the gaps of political theories.

There is one paradigmatic example of this sort of collaboration: Roemer's theory of equality of opportunity³⁵. Roemer advocates for what is known as 'leveling of the playing field', arguing that every person is entitled to an equal chance to succeed. In order to achieve this equality while at the same time making it possible for persons to reach different levels of success, he builds on the classical distinction between effort and circum-

30 AMIE; COWELL, 1999.

31 EBERT, 2009.

32 KOLM, 1996.

33 MAGDALOU; MOYES, 2009.

34 SCHLEIDGEN *et al.*, 2010.

35 ROEMER, 1998.

stances. Individuals are to be held responsible for the former, and compensated for the latter.

There exists a world of philosophical debate as to where the line between luck (social and natural lottery) and effort (taken to be within the realm of personal control) should be drawn³⁶, but Roemer has a different view on the subject. He states that the line is culture-dependent: “Because the choice by society of these parameters cannot but be influenced by the physiological, psychological, and social theories of man that it has, the present proposal would implement different degrees of opportunity egalitarianism in different societies”³⁷. Hence he leaves an open invitation for empirical work on cultural disparities in the levels of responsibility attribution. His theory offers a general and coherent framework that can be applied for any division between effort and circumstances, while empirical work supplies the necessary information about where the boundary is to be drawn in different societies.

Another example by Gaertner & Schokkaert addresses what should be done when we face a conflict of valued interests between, for instance, generating economic growth and violating individual rights (such as the right to strike). They claim that:

A priori (‘objective’) theories of well-being (such as the one by Nussbaum, 2000, 2006) might offer a framework for dealing with the resulting trade-offs, but even these theories often remain silent about the structure of relative weights and are therefore not very helpful in specific situations. Another approach, which is much more in line with the economic tradition, is to respect (‘subjective’) individual opinions and preferences about these trade-offs. In this latter approach, empirical work is needed to collect the necessary information about preferences³⁸.

In this case, it is important to stress that the principle of respect for preferences is *a priori* and therefore needs philosophical justification. Nonetheless this necessity does not eradicate the need of empirical work to provide this principle with practical substance. In this sense, Gaertner &

36 FLEURBAEY, 2008.

37 ROEMER, 1993, p. 166.

38 GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010, p. 13.

Schokkaert provide a series of cases in which the general public has clear preferences about trade-offs in relation to which theories have not provided clear guidance³⁹. They claim that in these cases empirical evidence can provisionally provide this necessary guidance, at least until we have a complete normative theory.

4. Reflective equilibrium and public justifiability

There is yet a more substantial—and ambitious—claim in favor of taking empirical work seriously in the development of political theories. This claim is related to a particular way of doing political philosophy, one that is exemplified by the valuable Rawlsian conceptions of reflective equilibrium and public justifiability.

Firstly, it is worth stressing once again that moral intuitions play a crucial role in Rawlsian reasoning. As John Rawls writes, “One may regard a theory of justice as describing our *sense of justice*. (...) A conception of justice characterizes our moral sensibility when the everyday judgments we do make are in accordance with its principles⁴⁰”. That is, principles of justice must emerge from a balance between some of our principles and some of our intuitions and considered judgments.

This is not to say that a theory of justice is merely a catalogue of folk intuitions. Here is where the conception of reflective equilibrium enters into the scene. Moral intuitions are important insofar as they are the starting point to the process of achievement of a narrow reflective equilibrium. As nicely delineated in the Stanford Encyclopedia of Philosophy:

In carrying through this method one begins with one's considered moral judgments: those made consistently and without hesitation when one is under good conditions for thinking (e.g., “slavery is wrong,” “all citizens are political equals”). One treats these considered judgments as provisional fixed points, and then starts the process of bringing one's beliefs into relations of mutual support and explanation as described above. Doing this inevitably brings out conflicts where, for example, a specific judgment clashes with a more general conviction, or where an abstract principle cannot accommodate

39 GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010.

40 RAWLS, 1971, p. 41.

a particular kind of case. One proceeds by revising these beliefs as necessary, striving always to increase the coherence of the whole. Carrying through this process of mutual adjustment brings one closer to *narrow reflective equilibrium*: coherence among one's initial beliefs.

After we have achieved this narrow reflective equilibrium, we proceed to the process of wide reflective equilibrium. We engage in this second stage by adding to our responses the major theories in the history of political philosophy, as well as the theories that are critical of political philosophizing as such. We continue to make adjustments in our schemes of beliefs as we reflect on these alternatives, aiming for the end-point of *wide reflective equilibrium* in which coherence is realized after many alternatives have been considered.

As Rawls emphasizes, the best account of a person's sense of justice is one that "matches his judgments in reflective equilibrium"⁴¹. The idea is not to simply read off principles of justice from common sense moral judgments—but these judgments nevertheless serve as important inputs into the process. Moral intuitions must be filtered by a procedure of impartial reflection. That is, we seek an account that systematizes, in Rawls's terms, our considered moral judgments.

Moreover, a person may be right to accept a theory of justice that fails to accommodate some of her considered moral judgments. She may decide that this theory does an otherwise admirable job of explaining her most highly esteemed considered judgments. Hence she chooses to revise or discard the particular considered moral judgment that conflicts with the theory rather than to revise or discard the theory.

We bring considered moral judgments into reflective equilibrium by undergoing a process of revising general principles against particular judgments. We discard a general principle if it yields a particular judgment we refuse to accept; we discard a particular judgment if it violates a general principle we refuse to revise. Eventually we reach a satisfactory balance of principles and judgments. Thus, the principles of justice are not meant to serve as *ad hoc* explanations of our common sense intuitions. Our goal is to arrive at a systematic articulation of the verdicts of moral *common sense*. These principles bring out the so-called *deep structure* of our moral beliefs⁴².

41 RAWLS, 1971, p. 43.

42 MILLER, 2003.

Miller stresses the importance of a second Rawlsian core idea, contending that the possibility of justifying a theory of justice to the general public is a precondition for its being ethically acceptable—the so-called public justifiability argument. The goal is to ensure that all valid principles of justice will be capable of being publicly justifiable. That is, valid principles must be such that citizens of a well-ordered society can justify them to one another using only commonly accepted modes of argument.

In this case, Miller insists that:

It seems much more plausible to regard the set of beliefs that are publicly justifiable in a given society *S* as the beliefs currently held in *S* adjusted to take account of empirical error, faulty inferences, the distorting effect of self-interest, and so on—that is, the deficiencies that are already commonly understood to produce erroneous beliefs⁴³.

Gaertner & Schokkaert agree with this view, clarifying that:

Views such as the one of Miller certainly do not conflate social scientific research on justice with normative theory. Popular vote is not the ultimate justification of an ethical position. Opinions of the public are no more than an input (albeit a necessary one) into a broader philosophical debate aiming at a reflective equilibrium between theoretical principles and specific considered judgments. Putnam gives a larger weight to majority opinions, but also in his view there remains an essential tension between public opinion and normative thinking. (...) Therefore, the role of theoretical thinking remains essential. Yet, in these approaches, theoretical thinking should necessarily integrate in a critical way the findings of empirical work. The latter therefore is an essential ingredient into the normative debate⁴⁴.

Rawls continuously remarks that principles of justice should express the fundamental ideas implicit in the public political culture of a democratic society. At the same time, he repeatedly states that when a principle is tested via reflective equilibrium the only opinions that count are those of the philosopher and of the reader of his book. Hence Rawls is pulled

43 MILLER, 2003, p. 56.

44 GAERTNER; SCHOKKAERT, 2010, p. 17.

in different directions when it comes to empirical evidence: he simultaneously adheres to a form of contractarian reasoning (which does not rely on empirical evidence) while relying on judgments that are supposedly shared by the general public.

Thus we are left with the following question: is it possible to decide whether a judgment is considered simply by scrutinizing it in solipsistic fashion, relying only on internal evidence to establish how much confidence we should place in it, or whether it has been influenced by one of the distorting factors that Rawls mentions? It is surely of the greatest relevance to check whether the judgments we make are shared by those around us, and if they are not, to try to discover what lies behind the disagreement⁴⁵.

In this sense, experimental evidence should function as actual guidance to normative theories. That is, we should make use of folk intuitions and beliefs as an active source of information in order to better understand the content of the principles of justice. This is not to say that we can simply derive normative principles from descriptive ones. It is instead a claim about the nature of ethical beliefs and its objectivity. This argument is nicely developed by Amartya Sen in his work *The Idea of Justice*:

(...) public reasoning is clearly an essential feature of objectivity in political and ethical beliefs. (...) In seeking resolution by public reasoning, there is clearly a strong case for not leaving out the perspectives and reasonings presented by anyone whose assessments are relevant, either because their interests are involved, or because their ways of thinking about these issues throw light on particular judgments – a light that might be missed in the absence of giving those perspectives an opportunity to be aired⁴⁶.

If theories of justice are to articulate our shared conception of justice—in Rawls's terms, a conception “which is congenial to the most deep-seated convictions and traditions of a modern democratic state”—we should conduct empirical research to learn which conception of justice is actually shared by the citizens of modern liberal democratic states⁴⁷. We cannot

45 MILLER, 2003, p. 55.

46 AMARTYA SEN, 2009, p. 44.

47 RAWLS, 2005, p. 300.

simply assume from the armchair that the philosophers' intuitions are representative of the intuitions of laypersons. Claims about the distribution of intuitions are ultimately empirical claims. Thus, Miller highlights that "in setting out a theory of justice, the normative theorist who is guided by something akin to the Rawlsian ideas of reflective equilibrium and public justifiability needs evidence about what people do in fact regard as fair and unfair in different social settings," reckoning that "a theory of justice needs to be grounded in evidence about how ordinary people understand distributive justice"⁴⁸.

5. Final considerations

We are now living under a new paradigm whereby we are beginning to better understand how our brains operate.⁴⁹ As a result, we are becoming increasingly capable of developing political philosophical theories for *real* institutions and persons. Moreover, as we have discussed, the empirical sciences provide an array of relevant data about human beliefs and behavior that can inform political philosophers in a variety of ways.

In this context, Weaver and Trevino envision three possible ways in which science and normative philosophy can actively collaborate⁵⁰. The first way is the so-called *symbiotic collaboration*. The symbiotic type of interdisciplinarity advocates for a relation amongst ethics and the empirical sciences in which one supplements the other in its limitations. That is, the symbiotic approach entails a pragmatic and collaborative relation between normative theorizing and empirical research, in which the cores of each approach remain essentially separated.

The second approach for the collaboration of empirical sciences and normative theories is the so-called *parallel*. This approach implies the utter denial of any possible integration between empirical and normative theories, on both conceptual and practical grounds. Advocates of this approach argue for the strict separation between that which is normative and that which is descriptive. As they emphasize, normative theorists and

48 MILLER, 2003, pp. 59-61.

49 The novel findings from behavioral and brain research will be properly addressed in the second paper that composes this dissertation.

50 WEAVER; TREVINO, 1994.

empirical scientists should work as ‘parallel lines’; they should never allow their researches to ‘touch’ each other.

The third and final manner of collaboration is the so-called *integrative* approach—which rejects the very idea of a distinction between normative and empirical claims. The supporters of the integrative approach go even further, stating that ‘there is no fundamental distinction between fact and value’ or ‘between descriptive and prescriptive science’⁵¹. Under this approach, it is understood that empirical research about normative practices are able to generate normative philosophical theories⁵².

As I have argued throughout this paper, the parallel approach lacks significant support. Therefore, we are left with the remaining two forms of collaboration: the symbiotic and the integrative approaches. The latter constitutes a bold claim that may not sound as implausible as one might think; yet, it would require more arguments in its favor than I was able to consider in the preceding sections. Hence, we are left with the former, a fruitful approach that fits well with the ideas developed in this work.

According to the symbiotic approach, political philosophers can no longer afford to ignore all the relevant empirical information from the natural and the social sciences in the development of their theories. Normative theories ultimately concern the *actual* behavior of *real* institutions and *real* human beings in the *real* world, not the *assumed* behavior of *idealized* institutions and *idealized* human beings in *hypothetical* worlds.

References

- ALESINA, A. & ANGELETOS, G.M. Fairness and Redistribution: US versus Europe. *In*: Harvard Institute of Economic Research Working Papers, Harvard Institute of Economic Research, 2002.
- _____. Fairness and Redistribution. *In*: *American Economic Review*, vol. 95(4), 2005.
- ALESINA, A. & GIULIANO, P. *Preferences for Redistribution*, NBER Working Papers 14825, National Bureau of Economic Research, 2009.

51 MOLEWIJK *et al.*, 2004.

52 VAN DER SCHEER; WIDDERSHOVEN, 2004.

- AMIE, Y. & COWELL, F. A. *Thinking about Inequality*. Cambridge University Press, 1999.
- FELTZ, A. & COKELY, E. The Philosophical Personality Argument. In: *Philosophical Studies*, 161, pp. 227-246, 2012.
- FRAZER, M. *The Enlightenment of Sympathy: Justice and the Moral Sentiments in the Eighteenth Century and Today*. New York: Oxford University Press, 2010.
- FROHLICH, N., OPPENHEIMER, J. A. & EAVEY, C. Choices of principles of distributive justice in experimental groups. In: *American Journal of Political Science* 31, pp. 606-636, 1987.
- FROHLICH, N. & OPPENHEIMER, J. A.. *Choosing Justice: An Experimental Approach to Ethical Theory*, 1992.
- FROHLICH, N., & OPPENHEIMER, J. A. Experiencing Impartiality to Invoke Fairness in the n-PD: Some Experimental Results. In: *Public Choice*, 86, pp. 117-135, 1996.
- GAERTNER & SCHOKKAERT. *Empirical Social Choice: Questionnaire-Experimental Studies on Distributive Justice*, 2010.
- GREENE, J.D., MORELLI, S.A., LOWENBERG, K., NYSTROM, L.E. & COHEN, J.D. Cognitive load selectively interferes with utilitarian moral judgment. In: *Cognition*, 107, pp. 1.144-1.154, 2008.
- GREENE, J.D., NYSTROM, L.E., ENGELL, A.D., DARLEY, J.M. & COHEN, J.D. The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment. In: *Neuron*, 44, pp. 389-400, 2004.
- GREENE, J. D., SOMMERVILLE, R. B., NYSTROM, L. E., DARLEY, J. M. & COHEN, J. D. AN FMRI investigation of emotional engagement in moral judgment. In: *Science* 293, pp. 2105–2108, 2001.
- HAIDT, J., KOLLER, S. H. & DIAS, M. G. “Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?” In: *Journal of Personality and Social Psychology* 65(4), pp. 613-628, 1993.
- HAIDT, J. “The new synthesis in moral psychology.” *Science* 316, pp. 998–1002, 2007.
- _____. “The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment.” In: *Psychological Review* 108, pp. 814–34, 2001.
- _____. “The moral emotions.” In R. J. Davidson, K. R. Scherer, H. H. Goldsmith (Eds.), *Handbook of Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

- _____. & Hersh, M. "Sexual morality: the cultures and emotions of conservatives and liberals." In: *Journal of Applied Social Psychology* 31, pp. 191-221, 2001.
- HUME, DAVID. *A Treatise on Human Nature*. Eds. David Fate Norton & Mary J. Norton. Oxford Philosophical Texts, New York, Oxford University Press, 2000.
- KAHNEMAN, D. & TVERSKY, A. "On the Psychology of Prediction." *Psychological Review*, 80(4), pp. 237-51, 1973).
- _____. "Prospect Theory: An Analysis of Decisions Under Risk." *Econometrica*, 47(2), pp. 263-291, 1979.
- KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Edited by Gregor, M. J. Cambridge University Press, 1997.
- MILLER, D. *Principles of Social Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- MOLEWIJK, B., STIGGELBOUT, A. M., OTTEN, W. et al. Empirical Data and Moral Theory: A Plea for Integrated Empirical Ethics. In: *Med Health Care Philos*, 7, pp. 55-69, 2004.
- MOLEWIJK, B. "Integrated empirical ethics: In search for clarifying identities." In: *Med Health Care Philos* 7, pp. 85-87, 2004.
- NAGEL, T. *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press, 1986.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971
- ROEMER, J. *Equality of Opportunity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- SCHLEIDGEN et al. Mission: Impossible? On Empirical-Normative Collaboration in Ethical Reasoning." In: *Ethic Theory and Moral Practice*, 13, pp. 59-71, 2010.
- SEN, A. *The Idea of Justice*. In: The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. "Moral Intuitionism Meets Empirical Psychology". In Terry Horgan & Mark Timmons (Eds.), *Metaethics After Moore*. Oxford University Press, 2005.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W., Young, L., & Cushman, F. A. "Moral Intuitions as Heuristics." In J. Doris et al. (Eds.), *The Oxford Handbook of Moral Psychology*. Oxford University Press, 2010.
- UNGER, P. *Living High and Letting Die: Our Illusion of Innocence*. New York: Oxford University Press, 1996.

- YAARI, M. E. & Bar-Hillel, M. "On dividing justly." *Social Choice and Welfare*, 1, pp. 1-24, 1984.
- WEAVER, G. R. & TREVINO, L. K. "Normative and Empirical Business Ethics: Separation, Marriage of Convenience, or Marriage of Necessity?" *Business Ethics Quarterly* 4, pp. 129-143, 1994.
- WIENS, D. "Prescribing Institutions Without Ideal Theory." *In: The Journal of Political Philosophy* 20, no. 1, pp. 45-70, 2012.

Autor convidado

O Desencontro entre Direito à Informação e Direito à Verdade: Análise das Práticas da Controladoria-Geral da União

The Mismatch Between the Right to Information and the Right to Truth: An Analysis of the Practices of the Office of the Comptroller General of the Federal Government

Marcio Camargo Cunha Filho*

Universidade de Brasília – UNB, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

Leis de acesso à informação são comumente vistas como um instrumento de justiça de transição, conceito que abarca um conjunto de métodos por meio dos quais uma comunidade que sofreu graves violações de direitos fundamentais tenta se distanciar do passado, garantindo justiça aos que sofreram repressão do Estado¹. Os objetivos centrais destas leis são promover a abertura do Estado e garantir às vítimas de violações de direitos fundamentais e aos seus familiares o direito à verdade, ou seja, o direito de conhecer fatos anteriormente tratados como sigilosos. Portanto, leis de acesso à informação constituem não apenas reformas institucionais destinadas a tornar o Estado mais democrático, mas também formas de reparação, ou “um primeiro passo na promoção da justiça e da reparação, sobretudo após períodos de autoritarismo”². A associação entre o direito à informação e o direito à verdade é também enfatizada pelas autoridades brasileiras e por organismos internacionais, conforme analiso mais adiante.

* Bacharel em Direito e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. E-mail: marciocunhafilho@yahoo.com.br.

1 Méndez, 2012, p. 1271.

2 La Rue, 2013, p. 3, tradução livre.

A transição brasileira é comumente vista como um processo lento e gradual. Se por um lado estas características fizeram de nossa democratização um processo pacífico – ao menos se comparado com os vizinhos sul-americanos –, por outro impediram, em um primeiro momento, reformas institucionais importantes para que o país deixasse definitivamente de lado uma fase obscura de sua história. Acredito que a promulgação da Lei de Acesso a Informação, em 2011, é um exemplo de reforma institucional tardia no âmbito da Justiça de Transição brasileira. Tendo isso em vista, meu objetivo central neste artigo será demonstrar que a Lei, aprovada tantos anos após o término do período ditatorial, se desvinculou de seu objetivo originário e se tornou um instrumento pouco efetivo de concretização do direito à verdade em relação às violações de direitos humanos.

Para comprovar este argumento, após analisar em mais profundidade a relação entre informação e busca à verdade, problematizo o discurso e a interpretação conferidos à Lei pelos órgãos de cúpula do Poder Executivo federal responsáveis pela efetividade da Lei. Meu foco de análise será a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão que tem as atribuições de julgar recursos contra negativas de acesso à informação no âmbito do Poder Executivo federal e de promover campanhas de conscientização sobre a Lei. Também analiso brevemente o papel da Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI), órgão responsável por consolidar interpretações sobre questões controversas acerca da Lei por meio de súmulas e orientações normativas. Demonstro que a CGU não realiza, em sua comunicação com o público, tentativas de vincular o direito à informação ao direito à verdade, ao passo que tanto CGU quanto CMRI têm proferido decisões que distanciam estes dois direitos, indo em sentido contrário a orientações internacionais sobre o tema.

2. Direito à informação e direito à verdade

O direito de acessar informações públicas está previsto em diversos tratados internacionais³ e é constitucionalmente protegido em diversos países.⁴

3 Os principais exemplos são a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (art. 19), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13), a Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. 3º, V), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19, II) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 10).

4 Somente para citar exemplos do continente americano, pode-se mencionar que este direito está expressamente previsto nas Constituições de Colômbia (arts. 20, 23 e 74), Costa Rica (art. 30), Equador

Esse direito é interpretado tanto como autônomo (ou seja, como um direito que deve ser protegido por si só) quanto como instrumental⁵ (ou seja, como um pressuposto para efetivação de outros direitos, como a liberdade de expressão).⁶ É comumente visto como pressuposto do regime democrático, porque permite que os cidadãos se tornem aptos a avaliar quais agentes políticos devem ser eleitos e quais as melhores políticas públicas a serem perseguidas. Esta norma jurídica se relaciona, portanto, com a ideia de igualdade de oportunidades políticas: desprovidos de informação, os cidadãos não podem ser protagonistas na formação da vontade política do Estado. É por isso que Bobbio afirma que a superioridade da democracia diante dos Estados absolutos funda-se na convicção de que o governo democrático poder dar vida à transparência do poder ou ao “poder sem máscara”⁷ e Zepeda argumenta que a publicidade é “peça fundamental para a justiça, pois quem esconde, quem oculta (...) dificilmente ostenta ou representa interesses legítimos”⁸.

Este direito foi incluído no rol do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, porém foi disciplinado somente em 2011, por meio da Lei n.º 12.527, de 18 de novembro. Em parte por causa da omissão legislativa que perdurou por mais de vinte anos, o debate sobre a política de publicidade como direito fundamental dos cidadãos vem sendo tratado à margem do direito constitucional brasileiro. Ainda que a transparência pública apareça

(art. 81), México (art. 6º), Nicarágua (art. 66), Panamá (art. 43), Paraguai (art. 28), Peru (art. 2º), Venezuela (art. 28), além de ser reconhecido pelas Supremas Cortes da Argentina (decisão *Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, No. 1/2004 Exp. 315/2004 Adm. Gral*), e do Chile (Caso *Casas Cordero y Otro contra Dirección Nacional de Aduanase*, 2007).

5 McDonagh (2013) afirma que o direito ao acesso a informações públicas deve ser compreendido como um direito autônomo, que independe, para receber proteção administrativa e judicial, da sua relação com outros direitos. Nessa perspectiva, a autora critica decisões judiciais que têm predominantemente caracterizado o direito ao acesso como apenas um direito que serve à efetivação de outros. Esta abordagem instrumentalista comprometeria a máxima efetividade deste direito, fazendo com que a ele se conceda proteção somente se servir para que outros valores constitucionais ou legais sejam garantidos.

6 No plano internacional, o direito de acessar informações públicas é usualmente visto como um direito instrumental, i.e., como um pressuposto à efetivação do direito à liberdade de expressão. A título de exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que regulamenta a liberdade de expressão, “proíbe um governo de restringir uma pessoa a receber informações que outros desejam ou podem desejam compartilhar com ele” (*apud Mendel*, 2009, p. 2). Segundo o entendimento da Corte, a liberdade de expressão pressupõe o acesso a fontes íntegras e plurais de informação, pois somente por meio destas é possível formar juízos opinativos autênticos e realmente imparciais, isto é, que levam em consideração diversos pontos de vista.

7 Bobbio, 2000, p. 42.

8 Zepeda, 2012, p. 16.

no debate do direito administrativo e do direito constitucional como um dos princípios da Administração Pública, raramente ele é analisado como direito fundamental e como ferramenta de realização de justiça social. Uma das dimensões pouco analisadas do direito à informação é o seu potencial para funcionar como instrumento para redescobrir informações sobre o passado, bem como os obstáculos colocados pela Administração para a divulgação deste tipo de informação. Argumentos comuns utilizados para restringir acesso a elas se associam à proteção da segurança nacional, preservação da Lei da Anistia, dentre outros. O próprio transcurso do tempo é um fator que restringe o pleno exercício do direito à verdade, já que contribui para a perda ou eliminação indevida de informações⁹.

No Brasil, a Lei de Acesso à Informação foi idealizada como um instrumento – ainda que tardio – para concretizar o direito à verdade. Há pelo menos dois dados que permitem esta interpretação. Em primeiro lugar, à época de tramitação do Projeto de Lei sobre acesso à informação no Senado Federal, o Brasil respondia, frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao caso *Gomes Lund e Outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”). A demanda se referia à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas (...) resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil”. À época da decisão da Corte, em 2010, já tramitava no Congresso Nacional Projeto de Lei versando sobre acesso à informação, e por isso o Brasil não foi diretamente condenado a implementar uma Lei de Acesso, mas apenas advertido pela Corte, nos seguintes termos: “o Tribunal considera que os Estados, para garantir adequadamente o direito de buscar e de receber informação pública sob seu controle, devem adotar as medidas necessárias, entre outras, à aprovação de legislação (...)”¹⁰.

O segundo indício que permite associar a promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/11) e o direito à verdade é o fato de ela ter sido sancionada pela Presidenta da República em sessão conjunta com a Lei que criou a Comissão Nacional da Verdade (Lei n.º 12.528/11). Na verdade, as Leis foram produzidas em conjunto, e visando ao mesmo fim. Na cerimônia que marcou a sanção das duas leis, o discurso da Presidenta

9 La Rue, 2013, p. 22.

10 CIDH, 2010, par. 282.

da República deixou claro que o objetivo de ambas era a busca da verdade histórica:

“o sigilo não oferecerá nunca mais guarida ao desrespeito aos direitos humanos no Brasil. Esta é uma importante conexão, uma conexão decisiva [da LAI] com a lei que cria a Comissão da Verdade. Uma não existe sem a outra, uma é pré-requisito para a outra, e isso lançará luzes sobre períodos da nossa história que a sociedade precisa conhecer (...)”¹¹.

O discurso presidencial apresentado na cerimônia de sanção das Leis nº 12.527/11 e 12.528/11 demonstra a necessidade de superação dos silêncios ainda existentes em torno da ditadura e de reconstituição da memória e da história acerca do período, o que também é enfatizado por historiadores brasileiros: “dadas as nossas circunstâncias, penso que a sociedade poderia compreender-se melhor discutindo o passado. Como sabemos, essa é a melhor forma de pensar o presente e preparar o futuro.”¹²⁻¹³ A promulgação da Lei de Acesso à Informação foi, portanto, um instrumento de reforma institucional tardia relacionada à redescoberta da verdade com relação à ditadura militar do Brasil. Meu argumento é que, no Brasil, esse primeiro passo talvez tenha sido dado tarde demais, acarretando na falta de efetividade da Lei de Acesso à Informação como instrumento de concretização do direito à verdade.

3. A Lei de Acesso à Informação e os órgãos de cúpula do Poder Executivo federal: a CGU e a CMRI

Pretendo demonstrar de duas formas que a Lei de Acesso à Informação não tem concretizado o direito à verdade: em primeiro lugar, por meio da análise do discurso apresentado e divulgado pela CGU sobre as finalidades da Lei e, em segundo, por meio da análise das interpretações que a CGU e a CMRI têm dado a recursos administrativos que versam sobre informações relacionadas à ditadura militar. No primeiro caso, a escolha da CGU

11 Brasil, 2011.

12 Reis Filho, 2013, p. 225.

13 Segundo Reis Filho (2013) há três grandes “silêncios” sobre a ditadura militar no Brasil que devem ser superados: o silêncio sobre a tortura e os torturadores, o silêncio sobre o apoio da sociedade à ditadura e o silêncio sobre as propostas revolucionárias de esquerda.

como objeto de pesquisa justifica-se por se tratar de órgão responsável por “promover campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização sobre o direito fundamental de acesso à informação”¹⁴. No segundo caso, escolhi o estudo da CGU e da CMRI porque ambos são órgãos que decidem, em sede recursal, as principais controvérsias relacionadas à Lei, preenchendo suas lacunas e controvérsias legislativas.

Para La Rue¹⁵, a plena efetivação de leis de acesso à informação requer dois fatores: em primeiro lugar, uma sociedade civil ativa, capaz de promover e supervisionar a aplicação da Lei e, em segundo, o que chama de “vontade política”, compreendida como a plena ratificação do ato normativo por parte das diferentes autoridades administrativas. Estes dois requisitos de efetividade da Lei são basicamente o que analiso neste artigo. Investigarei se a sociedade civil tem sido incentivada, pela CGU, a adotar postura ativa na efetivação da Lei n.º 12.527/11 como instrumento de recuperação da memória histórica e, também, se a Administração tem se mostrado aberta a utilizá-la como instrumento de reconstituição do passado, de acordo com parâmetros internacionais acerca do tema.

3.1 O discurso da Controladoria-Geral da União sobre a Lei de Acesso à Informação

Uma das funções da CGU é fomentar a conscientização sobre o direito de acesso à informação. Até que ponto, contudo, a CGU tem incentivado a descoberta da verdade histórica por meio do direito à informação? Analiso esta questão por meio do material institucional de divulgação da Lei e, também, de suas postagens nas redes sociais. O material analisado indica que as campanhas da CGU de incentivo ao uso da Lei de Acesso à Informação não se voltam, em nenhum momento, para a concretização do direito à verdade. Ao contrário, o órgão parece ver a Lei preponderantemente como instrumento de controle social e combate à corrupção, dando pouca ou nenhuma importância para o seu papel de instrumento de reconstituição de fatos históricos.

14 Brasil, 2012, art. 68, II.

15 La Rue, 2013, p. 19.

A título de exemplo, o Portal da Transparência possui informações claras e facilmente visíveis sobre utilização de recursos públicos em programas sociais, remuneração de servidores públicos e imóveis funcionais por eles ocupados, gastos com copa do mundo e olimpíadas, relação de empresas sancionadas e impedidas de contratar com o Poder Público. Nada, porém, sobre informações de interesse histórico. Já no primeiro relatório sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação¹⁶, a CGU elenca como exemplos de avanços institucionais em matéria de transparência a decisão do Banco Central do Brasil em alterar o regulamento do Comitê de Política Monetária para determinar o registro nominal e a divulgação dos votos de cada um de seus membros; a criação, por parte do Ministério das Comunicações, de um Comitê de Organizações das Informações, com a finalidade de organizar e padronizar a sistematização de informações produzidas pelo órgão; a nova política de prestação de contas do Ministério da Integração Nacional; dentre outros. Uma vez mais, nenhuma referência à redescoberta de informações sobre violações passadas de direitos humanos.

Nas redes sociais, a ênfase quase que exclusiva da comunicação da CGU sobre a Lei de Acesso à Informação recai sobre sua função como instrumento de fiscalização sobre a utilização de recursos públicos. Analisando as postagens do órgão de controle no *Facebook* no ano de 2015¹⁷, não encontrei nenhuma referência ao uso da LAI como instrumento potencial de reconstituição da verdade histórica ou como instrumento de reparação contra injustiças ocorridas no passado. Incentivos à realização do controle de gastos públicos, por outro lado, foram abundantes. Transcrevo algumas destas postagens, a título exemplificativo:

Exerça a sua cidadania monitorando o bom uso do dinheiro público federal

Acompanhe cada centavo da aplicação dos recursos públicos transferidos pela União ao exterior, a estados e municípios brasileiros, ao Distrito Federal, a instituições privadas e aos cidadãos.

16 Disponível em <<http://www.acesoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/1relatoriolai.pdf>>.

17 Analisei todas as postagens da CGU no *Facebook* <<https://www.facebook.com/cguonline/?fref=ts>> entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2015. Das oitenta postagens que encontrei, 21 se referiam à transparência pública ou à lei de acesso à informação. Muitas continham informações sobre cursos ou sobre aspectos básicos dos procedimentos estabelecidos pela Lei, mas nenhuma enfatizava o potencial da Lei como instrumento de realização de justiça social contra violações de direito ocorridas no passado.

Acesse o Portal da Transparência do Governo Federal em www.portal-datransparencia.gov.br

(1º de dezembro de 2015).

#Transparência: Quer receber por e-mail dados sobre liberações de recursos públicos federais, por meio de convênios, para seu município?

Basta se cadastrar, gratuitamente, em: <http://goo.gl/QLV5MU>

(16 de outubro de 2015).

#ContraCorrupção: A CGU administra e mantém o Portal da Transparência para que cada centavo dos gastos e receitas do Governo Federal possam ser monitorados por todos.

(29 de setembro de 2015).

De maneira alguma quero diminuir a importância do papel da Lei como instrumento de fiscalização do uso de recursos públicos. Entretanto, a CGU parece se esquecer que esta não é a única função da Lei. Talvez por ser um órgão de controle financeiro-orçamentário, ele tem dificuldades em compreender e estimular um direito de conteúdo mais abstrato, como o direito à verdade. No entanto, no contexto de uma democracia plural é importante que os órgãos estatais adotem uma visão dialógica do processo político e promovam a conscientização dos cidadãos não apenas na gestão de recursos econômicos, mas também acerca das injustiças sociais existentes ou passadas. Por isso, a meu ver a comunicação social do órgão possui uma visão bastante estreita do direito à informação, a qual não contempla inteiramente sua densidade normativa.

3.2 Julgamentos da Controladoria-Geral da União

A cúpula da Administração federal tem dado concretude ao direito à verdade em seus julgamentos de recursos de acesso à informação? Respondo a esta questão analisando decisões da CGU e uma súmula da CMRI. O primeiro órgão julga recursos de acesso à informação contra decisões denegatórias de todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal. O segundo julga recursos contra decisões denegatórias de acesso da CGU, e também edita súmulas e orientações que vinculam os demais órgãos do Executivo federal. No âmbito da tomada de decisões administrativas, estes

órgãos não têm ignorado a relação entre o direito à informação e o direito à verdade, como acontece nas campanhas publicitárias da CGU. Nesta seara, eles se deparam constantemente com o potencial que o direito à informação tem de concretizar o acesso à memória histórica, mas o desconstroem de maneira expressa. Chego a esta conclusão ao contrastar suas decisões com as de organismos internacionais aos quais o Brasil se subordina.

Esta forma de argumentar se justifica porque, no atual nível de complexidade das relações jurídicas, o Estado nacional já não é a única fonte produtora de normas válidas e eficazes. Nesse sentido, Walker chama atenção para a importância das novas formas de normas jurídicas e comunidades políticas nos níveis subnacionais, transnacionais, supra-estatais, bem como em unidades e processos não estatais¹⁸. Estes fatores desafiam o papel da Constituição estatal moderna como mecanismo único de reconhecimento, coordenação e assimilação de sistemas políticos e legais. Nesse mesmo sentido, Neves afirma que “o direito constitucional (...), embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa (tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução de problemas constitucionais básicos”¹⁹. Choudhry por sua vez, chama atenção para a existência de um processo de “migração” de ideias constitucionais entre Estados, entre Estados e organizações internacionais ou mesmo entre Estados e organizações não estatais, propondo a adoção de um “método dialógico de estudo comparado” em direito constitucional²⁰.

No caso do direito de acesso a informações públicas, a análise das discussões internacionais se faz especialmente importante por se tratar, no Brasil, de debate recente, inaugurado de maneira consistente apenas após a promulgação da Lei n.º 12.527, em 2011. Regionalmente – em especial no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – discussões mais aprofundadas sobre o assunto vêm sendo travadas há mais tempo, permitindo a consolidação de diversos entendimentos relevantes. Antes de me voltar à análise da jurisprudência administrativa da CGU e da CMRI, mostrarei alguns dos entendimentos destes organismos internacionais sobre o acesso à informação, para somente depois verificar em que medida os principais órgãos da

18 Walker, 2002.

19 Neves, 2012, p. 21.

20 Choudhry, 2006.

Administração federal encarregados de efetivar o direito de acesso vêm dialogando e se mostrando permeável a estes entendimentos internacionais.

A CIDH já decidiu que, de acordo com a proteção outorgada pela Convenção Interamericana, o direito de liberdade de pensamento e de expressão compreende “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole”²¹. Também já determinou que toda pessoa tem o direito de conhecer a verdade sobre graves violações a direitos humanos cometidas contra familiares²². Já decidiu, ademais, que, em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não podem amparar-se em argumentos como o segredo de Estado, interesse público ou segurança nacional para deixar de entregar as informações requeridas pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação de processos pendentes²³.

A OEA, por sua vez, já incentivou “os Estados-membros a respeitarem e fazer respeitar o direito de acesso de todas as pessoas à informação pública e a promover a adoção de disposições legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para assegurar seu reconhecimento e aplicação efetiva”²⁴. Já decidiu também que restrições ao direito de acesso somente podem ser definidas mediante medidas legislativas que sejam acessíveis, concretas, claras, inequívocas e compatíveis com as obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos. Estas restrições devem, além disso, seguir estritamente os critérios do princípio da proporcionalidade²⁵. Voltando-me à análise de fontes não estatais de normas jurídicas, os princípios de Tshwane²⁶ referem que “informações relativas a violações de direitos humanos ou graves violações do direito internacional humanitário é um tema de interesse público preponderante” e que “informações relacionadas a outras violações de direitos humanos estão sujeitas a uma

21 CIDH, 2006, par. 163.

22 *Id.*, 2004, par. 128.

23 *Id.*, 2003, par. 180.

24 OEA, 2009.

25 *Id.*, 2009.

26 Os “Princípios de Tshwane” são uma proposta de princípios globais sobre o direito de acesso a informações públicas, elaborados pela Organização Internacional *Open Society Foundations*. Ainda que não possuam caráter vinculante, os princípios têm sido citados em decisões da CIDH e nas Resoluções da ONU sobre acesso à informação, o que demonstra que possuem ao menos alguma influência sobre o processo decisório no âmbito multilateral.

alta presunção de divulgação, e em nenhuma hipótese poderá ter acesso restrito por razões de segurança nacional”.

Em se tratando de direito à informação, a Administração Pública federal brasileira não tem se mostrado permeável aos entendimentos internacionais e não estatais acima mencionados. Na verdade, é justamente o contrário: tem adotado decisões em sentido diametralmente oposto aos apresentados acima. A análise do posicionamento da CGU e da CMRI em casos concretos referentes a informações inexistentes e classificação de informações sobre violações de direitos humanos deixará claro esse ponto.

a) Informações inexistentes

Alguns órgãos públicos negam pedidos de acesso sob o argumento de que as informações requeridas não mais existem. Ou seja, foram destruídas, eliminadas ou perdidas. Isso já aconteceu no Brasil: quando os familiares dos guerrilheiros mortos na Guerrilha do Araguaia solicitaram informações sobre seus restos mortais, o Poder Público afirmou que não poderia atender a este pedido porque não se sabia onde eles estavam ou o que tinha sido feito deles. O caso foi levado à CIDH, que divergiu das autoridades brasileiras, e decidiu que o Estado não pode amparar-se na falta de prova de existência dos documentos solicitados para negar um pedido de acesso à informação. Assim, ele deve fundamentar a negativa em disponibilizar os documentos demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia. Para a Corte, garantir a efetividade do direito de informação significa também realizar as diligências necessárias para assegurar a sua satisfação, especialmente quando se trata de conhecer a verdade sobre o ocorrido em casos de graves violações de direitos humanos. Por outros termos, simplesmente alegar a falta de prova sobre a existência de certa informação – sem haver indicado, ao menos, quais foram as diligências realizadas para confirmar ou não sua existência – possibilitaria uma atuação arbitrária do Estado, gerando insegurança jurídica referente a esse direito²⁷.

A interpretação da CGU sobre o assunto é bastante distinta. Para o órgão de controle brasileiro, é suficiente, para encerrar solicitações de acesso, a mera alegação do órgão ou entidade pública no sentido de que a infor-

27 CIDH, 2010.

mação solicitada não existe. Para a CGU, a alegação de inexistência de informação é revestida de presunção de veracidade, e somente pode ser impugnada se houver prova concreta em sentido oposto. Em um caso em que se requeria à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça gravação de sessão de julgamento, a CGU decidiu que “as afirmações feitas pela Comissão de Anistia do MJ, de que não dispõe das informações requeridas, têm fé pública e prevalecem até prova em contrário”²⁸. Ressalto um ponto importante: a CGU não colocou em discussão eventual obrigação legal do órgão em produzir a informação, e tampouco exigiu que a Comissão demonstrasse que realizou esforços no sentido de comprovar a inexistência da informação. Esse entendimento já foi corroborado em outros recursos de acesso à informação²⁹.

Em outra ocasião, a CGU se deparou com recurso em que se pleiteava acesso aos nomes dos professores da Universidade Federal Fluminense (UFF) que foram afastados, demitidos, exonerados e aposentados compulsoriamente durante o período da ditadura militar. A Universidade respondeu que as informações poderiam ou não estar disponíveis no seu Arquivo Central, que armazena documentos por até vinte anos. Com base neste entendimento, indeferiu o pedido, por não ter certeza de que as informações existiam. A CGU ratificou a posição da Universidade: “as explicações encaminhadas pela UFF (...) são suficientes para entender que a Universidade não possui a informação almejada para a entrega imediata e esta informação goza de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade”³⁰. Em outra ocasião, a CGU decidiu que “inexistindo obrigatoriedade de existência de qualquer das informações solicitadas, à luz dos fluxos processuais da Administração (...), não se faz possível a este juízo adotar medida que não acolher a alegação de inexistência”³¹.

Me parece evidente a diferença de tratamento à alegação de inexistência de informação concedida pela CGU e pela CIDH. O órgão brasileiro presume verdadeira a alegação de que a informação não existe, independentemente de qualquer prova ou de qualquer esforço para obtê-la. Confia na palavra dos órgãos públicos demandados. A Corte Interamericana, por

28 CGU, 2012a.

29 *Id.*, 2012b.

30 *Id.*, 2013a.

31 *Id.*, 2013b.

sua vez, afirma que o Estado não pode simplesmente alegar a inexistência de informações para denegar pedidos de acesso, tendo a obrigação de realizar esforços no sentido de encontrar a informação solicitada. Há aí um indício de que a CGU opta por deixar de dialogar com os entendimentos produzidos em âmbito internacional sobre o acesso à informação, reduzindo o papel da LAI como instrumento de efetivação do direito à verdade. Ao não dar a devida atenção a estes precedentes internacionais, o órgão de controle acaba por minimizar a densidade normativa do diploma legal.

E este não é um posicionamento isolado da CGU. A Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI), instância máxima de julgamento de recursos contra decisões de órgãos do Poder Executivo Federal que negam acesso a informações públicas, decidiu por várias ocasiões que a declaração de inexistência de uma informação, por parte do órgão público, é suficiente para negar acesso. Esta posição foi consolidada na súmula n.º 6/2015 da Comissão, segundo a qual “a declaração de inexistência de informação objeto de solicitação constitui resposta de natureza satisfativa”. Ao afirmar que tem “natureza satisfativa” a decisão que declara a inexistência de uma informação pública, a Comissão desrespeita frontalmente a determinação da Corte Interamericana, que afirma que o Estado deve tomar medidas proativas no sentido de buscar, recuperar e organizar informações públicas. A súmula da CMRI acarreta perda de efetividade do direito de acessar informações públicas.

b) Classificação de informações sobre violações de direitos humanos

Em outra ocasião, a CGU deparou-se com recurso de acesso à informação em que o recorrente demandava ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI) diversos processos administrativos referentes à suposta descoberta de ossadas de guerrilheiros do Araguaia, fato possivelmente ocorrido em 2002, na cidade de Belém/PA. O GSI indeferiu o pedido por afirmar que as informações se encontravam classificadas em grau secreto. A CGU, por sua vez, não conheceu o recurso que lhe foi dirigido pelo solicitante, sob o fundamento de que não lhe cabia desconstituir o ato de classificação de informação secreta. Alegou que inexistiam meios materiais para a realização de pedidos de desclassificação: “(...) sobre a possibilidade jurídica do pedido de desclassificação por meio do rito criado por meio do e-SIC para instrução do processo de Acesso à Informação

(...) percebe-se como inadmissível o acolhimento do pleito do cidadão por meio do expediente adotado³². Esta decisão foi reproduzida pela CGU em outras ocasiões³³.

Novamente, a CGU, utilizando-se de argumentos formais e burocráticos, desconsiderou orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual informações referentes a violações de direitos humanos não podem ser classificadas. Veja-se a posição da Corte sobre o tema:

[...] los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales están tratando de esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la “clandestinidad del Ejecutivo” y perpetuar la impunidad³⁴.

4. Conclusões

A Lei nº 12.527/11 ainda é recente e não se pode afirmar, com base nos dados apresentados, que nenhum órgão da Administração Pública brasileira tem se utilizado da Lei de Acesso à Informação para fins de efetivar o direito à verdade. No entanto, os indícios existentes até o presente momento apontam que não se está caminhando neste sentido, ou seja, não se está buscando – nos discursos públicos ou nos entendimentos jurídicos proferidos em decisões administrativas – conferir à Lei o papel de instrumento de efetivação do direito à memória e do direito à verdade. Esta constatação aponta para a necessidade de repensar a função constitucional do direito ao acesso à informação no Brasil, que, pensado para ser um instrumento, entre outros, de recuperação da história, passa a se dirigir quase que exclusivamente ao controle de gastos públicos. Um olhar mais atento às orientações da Corte Interamericana e da Organização dos Estados Americanos

32 CGU, 2013c.

33 *Id.*, 2013d.

34 CIDH, 2003, par. 180.

poderia nos auxiliar a direcionar a Lei de Acesso à sua função constitucional de recuperação da memória e da história.

O direito à informação é um instrumento para que as pessoas fiscalizem a atuação do Estado, participem do processo de tomada de decisões públicas e exerçam direitos fundamentais. Ele está assim relacionado ao conceito de igualdade de oportunidades de participação política. Deve ser um instrumento voltado, dentre outros, a corrigir injustiças ocorridas no passado. No entanto, ainda que haja consenso acerca desta função normativa do direito à informação, na prática sua utilização nem sempre é incentivada com a finalidade de resguardar direitos de pessoas em estado de precarização – o apelo ao “combate à corrupção” e à “fiscalização de recursos públicos” é tão forte que acaba ofuscando outras funções do direito à informação, como a proteção de direitos fundamentais relacionados à dignidade dos que sofreram violações de direitos humanos durante o regime autoritário brasileiro. De certa forma, me parece que o Estado é seletivo ao incentivar e agenciar a transparência, promovendo-a apenas quando isso beneficie fins vistos como nobres por ele próprio.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 2000.

BRASIL. Discurso da Presidenta Dilma Rousseff durante a cerimônia de sanção dos projetos de lei que criam a comissão nacional da verdade e a lei de acesso à informação. Nov 2011. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-sancao-do-projeto-de-lei-que-garante-o-acesso-a-informacoes-publicas-e-do-projeto-de-lei-que-cria-a-comissao-nacional-da-verdade/view>. Acesso em novembro de 2015.

_____. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. In: *Diário Oficial da União*, 2012.

- CHOUHDRY, Sujit. Migrations as a new metaphor in comparative constitutional law: memories between silence and oblivion. In: CHOUHDRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 1-35.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Recurso de acesso à informação n. 08850.000332/2012-37*. Parecer elaborado pelo Analista de Finanças e Controle Olímpio Ribeiro Gomes, julgado em 10/09/2012 (2012a).
- _____. *Recurso de acesso à informação n. 08850.003036/2012-98*. Parecer elaborado pelo Analista de Finanças e Controle Marcos Gerhardt Lindenmayer, julgado em 19/06/2013. (2013d)
- _____. *Recurso de acesso à informação n. 23480.017713/2012-02*. Parecer elaborado pela Analista de Finanças e Controle Gabriela de Oliveira Costa, julgado em 22/01/2013 (2013a)
- _____. *Recurso de acesso à informação de n. 48700.000162/2012-29*. Parecer elaborado pelo Analista de Finanças e Controle Olímpio Ribeiro Gomes, julgado em 27/09/2012 (2012b).
- _____. *Recurso de acesso à informação de n. 08850.003036/2012-98*. Parecer elaborado pelo Analista de Finanças e Controle Marcos Gerhardt Lindenmayer, julgado em 19/06/2013 (2013c).
- _____. *Recurso de acesso à informação de n. 08850.003062/2012-16*. Parecer elaborado pelo Ouvidor-Geral da União, julgado em 26/08/2013 (2013b).
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 19 governantes contra Colômbia*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, n. 109.
- _____. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.
- _____. *Caso López Álvarez contra Honduras*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C, n. 141, parágrafo 163.
- _____. *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003, série C, n. 101, parágrafo 180.
- LA RUE, Frank. *Informe do Relator Especial da ONU sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão*. Organização das Nações Unidas, 2013.
- MCDONAGH, Maeve. The Right to Information in International Human Rights. In: *Human Rights Law Review*, February 2013.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo comparado*. Brasília, Unesco, 2009.

- MÉNDEZ, Juan E. Constitutionalism and Transitional Justice. In: ROSENFELD Michel; SAJÓ, Andrés (ed.). *Comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1270-1286.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Resolução n. 2514 (XXXIX-O/09) da Assembleia Geral da OEA*, de 4 de junho de 2009, sobre o “Acesso à Informação Pública”, ponto resolutivo n. 2.
- REIS FILHO, Daniel Aarão. O governo Lula e a construção da memória do regime civil-militar. In: Pinto, Antonio Costa. Martinho, Francisco Carlos Palomanes (org.). *O passado que não passa: a sombra das ditaduras na Europa do Sul e na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 215-233.
- WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. In: *Modern Law Review*, nº 3, May 2002, pp. 317-359.
- ZEPEDA, Jesús Rodríguez. Estado y transparência: um paseo por la filosofía política. In: IFAI, *Cuadernos de transparencia*, Editora do IFAI, v. 4, 2012.

Recebido em 23 de dezembro de 2014

Aprovado em 28 de outubro de 2015

Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch

Classic Legal Pluralism: The Contribution of Ehrlich, Gurvitch, and Santi Romano

Reginaldo de Souza Vieira*

*Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma –
Santa Catarina, Brasil*

1. Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar o denominado Pluralismo Jurídico Clássico (compreendido entre o final do século XIX até um pouco mais da metade do século XX). Para tanto, tendo em vista os limites deste estudo, este ficará circunscrito às contribuições de Eugen Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch, considerados por Wolkmer¹ fundamentais para a construção e consolidação teórica do pluralismo jurídico. Sánchez-Castañeda destaca além de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch, as contribuições de Jean Carbonnier, André-Jean Arnaud e Norberto Bobbio².

O texto foi dividido em três partes. Na primeira contextualiza-se a concepção de pluralismo jurídico de Eugen Ehrlich. Já na segunda, analisa-se a contribuição de Santi Romano para o pluralismo jurídico, em especial, a sua construção teórica acerca do ordenamento jurídico. Por fim, na última

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) e do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC), ambos da UNESC. Assessor Acadêmico de Extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da UNESC. Membro da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Advogado. E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.

1 WOLKMER, 1997, p.181; *Id.*, 2010, p. 8.

2 SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, [s/d], pp. 23-27.

parte, discorre-se sobre o pluralismo jurídico de George Gurvitch, com destaque para os seguintes aspectos: a) a teoria dos fatos normativos; b) a construção de direito social; e c) o direito social condensado.

2. A concepção de pluralismo jurídico de Eugen Ehrlich

Eugen Ehrlich [1862-1918] foi um jurista e sociólogo austríaco, pertencente à Escola do Direito Livre (surgida na Alemanha em 1906, a partir da publicação da obra “*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*”, por Hermann Ulrich Kantorowicz, tendo cabido a Ehrlich formular as bases teóricas da Escola), sendo considerado um dos fundadores da Sociologia do Direito. Sua principal obra, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, foi publicada em 1913³.

Para Sánchez-Castañeda,

Eugen Ehrlich fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Ehrlich señaló el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma. Existe un derecho viviente que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, particularmente la observación directa de la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente, sino también de los grupos ignorados o despreciados por el derecho e incluso condenados por el derecho⁴.

Assim, fica delineada a concepção de direito vivo de Ehrlich, de caráter pluralista e que não nega a existência do Estado⁵, mas rejeita a matriz unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista. Entretanto, o Estado é apenas mais uma das associações organizadas que compõem a Sociedade, ao lado das comunidades, da família, da Igreja, da opinião pública etc., que possuem “parcial ou total autonomia” frente ao ente estatal⁶.

3 MALISKA, 2001, pp. 17-21; EHRLICH, 1986; WOLKMER, 1997.

4 SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, [s/d], p. 24.

5 BORTOLOZZI JÚNIOR, 2010, p. 23.

6 EHRLICH, 1986, p. 286; MALISKA, 2001, pp. 45-46.

Nesta esteira, é no corpo destas associações que o Direito surge e se desenvolve, criando normas jurídicas que ainda não se caracterizam como prescrições normativas (leis) emanadas pelo Estado e que irão coexistir com estas. Esse direito não estatal é um direito vivo que existe e é respeitado dentro das associações organizadas, sem a necessidade da coerção estatal, pois possuem uma coerção própria⁷.

Deste modo, “es a partir de estas asociaciones, desde estas instancias que producen normas de control social, que el derecho emerge. En otras palabras, el derecho es un sinónimo de normatividad”⁸.

De acordo com a concepção de Ehrlich, além do direito vivo, oriundo das organizações sociais e do direito estatal, haveria o direito dos juristas, consubstanciado nas normatividades aplicadas concretamente aos litígios no âmbito dos tribunais. Esse direito dos juízes possuiriam um vínculo com o direito do Estado⁹.

Outrossim, Ehrlich nega a existência de um direito individual (privado), tendo em vista que todo o direito é social¹⁰. Por conseguinte,

Na prática não existe o indivíduo desvinculado do seu contexto e também o direito não o conhece como tal. Para o direito, a pessoa individual só existe como membro de uma das muitas associações em que ele se vê inserido na sua vida. Essas associações são ordenadas e regulamentadas pelo direito na medida em que têm caráter jurídico, as demais são através de outras normas sociais: são as normas que indicam a cada um sua posição, [...] seus compromissos. Que em decorrência deste enquadramento às vezes (mas nem sempre) apareçam, para o indivíduo, direitos e deveres individuais, é uma consequência, mas não um objetivo, não o conteúdo mais importante das normas¹¹.

Entretanto, apesar da existência dos direitos individuais, o exercício desses direitos não elimina a sua essência social, pois a comunidade, ao mesmo tempo em que lhe possibilita o usufruto desses direitos, o faz dentro dos regulamentos que possui. Portanto, o reconhecimento da prer-

7 EHRlich, 1986; WOLKMER, 1997.

8 DUPRET, 2007, p. 3.

9 EHRlich, 1986; WOLKMER, 1997, p. 178.

10 EHRlich, 1986.

11 *Ibid.*, p. 40.

rogativa do indivíduo ao direito à propriedade somente ocorre por uma ordenação social existente no seio da sociedade, por ser ela a fonte do direito¹².

3. A contribuição de Santi Romano para o pluralismo jurídico

Santi Romano [1875-1947], jurista italiano, tem como seu principal marco teórico a construção de uma teoria institucionalista do Direito. Foi aluno de Vittorio Emanuele Orlando, considerado o fundador do Direito Público Italiano. Exerceu, entre 1928 e 1944, a presidência do Conselho de Estado Italiano¹³. Entretanto, deve ser registrado que, apesar de sua participação no governo fascista de Benito Mussolini, tal fato não desqualifica a sua contribuição para a Teoria do Direito.

De acordo com Bobbio, Santi Romano foi o primeiro a chamar a atenção para a expressão “*ordenamento jurídico*”, em sua obra publicada em 1917, “*O ordenamento jurídico*”¹⁴. Nela, considerada a sua principal obra, desenvolve uma concepção acerca do direito, que, apesar de unitário, se divide em duas partes: a) de um lado, a sua teoria do direito como instituição, em oposição ao “normativismo positivista”; e, b) de outro, a sua teoria dos ordenamentos jurídicos que se contrapõe à formulação do monismo jurídico¹⁵.

Em relação ao nosso estudo, nos limitaremos a pontuar a sua concepção de instituição, seu conceito de direito e sua teoria dos ordenamentos jurídicos.

O institucionalismo de Romano é caracterizado pelo (a) antinormativismo, (b) anti-individualismo, (c) caráter plural e vivo do fenômeno jurídico, a característica organizacional do direito; e pela (d) não vinculação direta entre Direito e Estado¹⁶. Entretanto, mesmo que refute o Estado como única fonte do Direito, Romano “não deixa de encarar o Estado como uma ordenação objetiva soberana com maior eficácia e poder de coerção”¹⁷.

12 EHRlich, 1986, pp. 47-49.

13 ROMANO, 2008b, pp. 33-52.

14 BOBBIO, 1999, p. 20; *Id.*, 1995, pp. 197-198.

15 WOLKMER, 1997, p. 172.

16 RAMOS, 2011.

17 WOLKMER, 1997, p. 173.

Quando trata sobre a instituição, Romano não o faz no sentido de pessoa jurídica. Para ele,

A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas, e assim por diante. Ela pode renovar-se conservando de modo imodificado sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amálgama nela¹⁸.

A instituição, conforme o autor, “é a primeira, originária e essencial manifestação do direito. Este pode se manifestar não somente em uma instituição, [e ela] existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida viva pelo direito”¹⁹.

No que concerne à instituição, ela possui quatro características que a distinguem: a) a efetiva unidade social, ou seja, deve possuir uma existência concreta e objetiva; b) a natureza de sua manifestação, seu ser social não pode ser encontrado em único ser individual; c) ser uma entidade fechada, possuindo uma individualidade própria, “examinada em si e por si”; d) a manutenção de sua característica como entidade fechada, pois, considerando sua própria individualidade, não terá como perder a sua identidade pela alteração de suas peculiaridades, a exemplo da mudança da composição de seus integrantes²⁰.

Um ponto que cabe ser ressaltado é a situação exposta por Romano²¹ sobre a existência de instituições reconhecidas pelo Estado que são possuidoras de regulamentos próprios, de foro interno, que norteiam as suas ações, a exemplo de acordos de trabalhos entre patrões e operários. Nessa situação, temos a coexistência de um ordenamento estatal e outros ordenamentos formulados por instituições que não estão sob a tutela do Estado, mas que tratam de temas por ele ordenados.

18 ROMANO, 2008a, p. 87.

19 *Ibid.*, pp. 90-91.

20 ROMANO, 2008a, pp. 90-91; NÓBREGA, 2008, pp. 33-34; VENERIO, 2012, p. 61.

21 ROMANO, 2008a, pp. 152-154.

Outro aspecto da análise de Romano é a sua negação da equivalência entre direito e lei, ou seja, no sentido de ser o direito a lei formulada exclusivamente pelo Estado²². Ora, para a construção de seu conceito de direito e do surgimento da normatividade jurídica, ele não parte das categorias do paradigma moderno, tais como: sociedade civil, contrato social, estado de natureza etc., “por identificar uma consciência fornecida pelo direito a qual supera a consciência individual”²³.

Sua concepção do que seja Direito é caracterizada por elementos centrais, que pressupõem uma matriz antiformalista, que são: a) a sociedade; b) a ordem social; e c) a organização social.

Segundo Romano, a sociedade não pode ser entendida como

[...] uma simples relação entre indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, ao qual é estranho a qualquer elemento jurídico, mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõe, que constitua mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída²⁴.

Assim, não existiria sociedade se não houvesse a manifestação do fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*), tendo em vista que aquilo que se restringe exclusivamente à esfera individual de cada pessoa, vinculado apenas à sua vida particular, não pode ser considerado direito (*ubi ius ibi societas*)²⁵.

No que diz respeito à ordem social, esta, ao ser inserta no conceito de direito, refuta a existência de qualquer formulação arbitrária ou utilização da força, ou seja, aquilo que não foi ordenado. No entanto, para que esta ordem social possa compor o direito, faz-se necessário a existência da organização²⁶. Portanto, “o direito antes de ser norma [...] é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vidente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo”²⁷.

22 ROMANO, 2008a..

23 NÓBREGA, 2008, p. 25.

24 ROMANO, 2008a, p. 77.

25 *Ibid.*; BOBBIO, 2001, p. 29.

26 ROMANO, 2008a, pp. 77-78.

27 *Ibid.*, p. 78.

Preceitua Bobbio²⁸ que este último elemento, a organização, é o mais importante dos três para a compreensão da concepção romaniana de direito, pois expressa que o direito surge quando o grupo social organiza-se, deixando a fase inorgânica para a orgânica. Essa mudança representa a sua institucionalização, quando este se organiza e produz o seu ordenamento jurídico.

Logo, o Direito, que “é antes de tudo *ordenamento*”, tem a função de organizar o social e, desta forma, possibilitar que possa ser ordenado o “desordenado conflito que ferve no seio da sociedade”²⁹.

Ora, conforme Romano³⁰, para que o Direito possa ser compreendido como ordenamento jurídico em sua totalidade, o conceito de instituição é aquele que preenche este requisito. Assim, já que “todo ordenamento é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico”³¹. Neste aspecto, como existe uma nítida identidade entre sociedade e instituição, e também entre sociedade e ordenamento jurídico, por consequência ocorrerá a mesma identidade entre sociedade e ordenamento jurídico³².

Deste modo, para Bustamante, “vale decir, que el derecho, antes de ser norma es organización, estructura y posición de le misma sociedad en que se desarrolla y que el mismo constituye como unidad, como ente por sí mismo”³³.

Por outro lado, entende Romano que não se pode compreender o Estado

[...] como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana –, sem, portanto, reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação a outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deva ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal. De fato, qual poderia ser o nexu necessário entre direito e Estado através do qual o primeiro possa ser imaginado como um produto

28 BOBBIO, 2001, p. 30.

29 GROSSI, 2006, pp. 12-13 – grifo no original.

30 ROMANO, 2008a.

31 *Ibid.*, p. 78.

32 ZICCARDI, 2008, p. 43.

33 BUSTAMANTE, 1981, p. 138.

do segundo? Não só é impossível demonstrar a existência deste nexos, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe³⁴.

Neste diapasão, não existe o nascimento do Direito com o advento do Estado, como teorizaram os arquitetos da Modernidade. O que existe é a vinculação do Estado com o seu ordenamento jurídico³⁵, sem, no entanto, excluir os outros ordenamentos jurídicos existentes. Partindo desta lógica,

[...] o Estado deve ser considerado não como a única ordenação existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico existente e que, entre si, vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se uma às outras³⁶.

Deve ser destacado que em nenhum momento Romano propugna a destruição do Estado, mas a implantação de um pluralismo jurídico moderado³⁷, de matriz corporativista, que não questiona o capitalismo enquanto modelo econômico dominante.

Conforme Grossi,

Juristas e filósofos, da época de 1918 até hoje, submeteram as páginas romanas a análises aprofundadas e não deixaram de encontrar as fragilidades filosóficas, as numerosas aporias, para não falar das muitas incoerências encontradas entre Santi Romano teorizador geral, e o Santi Romano construtor do direito administrativo italiano. Análises muito aprofundadas, que podem ser subscritas, mas não generosas em um ponto central: por não darem a Romano aquilo que, ao contrário, é o seu mérito fundamental, a redescoberta da complexidade do universo jurídico e a tradução dessa com instrumentos e linguagens de um claro direito positivo³⁸.

Portanto, Santi Romano conseguiu resgatar a complexidade do mundo jurídico que havia sido abstraída pelo paradigma moderno, quando este resumiu o direito a uma simplicidade representada no monismo jurídico³⁹.

34 ROMANO, 2008a, p. 141.

35 *Ibid.*, p. 119.

36 ROMANO, 1977, p. 77.

37 BUSTAMANTE, 1981, pp. 14-15.

38 GROSSI, 2008, p. 12.

39 *Id.*, 2010; *Id.*, 2008.

4. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch: o direito social

Georges Gurvitch [1894-1965], filósofo e sociólogo originário da Rússia, radicou-se na França, onde passou a maior parte de sua vida. Seu pensamento sofreu a influência de Leon Petrazycki e Eugen Ehrlich. Construiu a principal e mais completa teoria do pluralismo jurídico na França⁴⁰.

Segundo Schwartzman⁴¹, Gurvitch

[...] é possivelmente um dos últimos pensadores sociais que tiveram a audácia de propor um sistema próprio de compreensão global do fenômeno humano, buscando uma união entre uma filosofia pluralista, de origem fichteano, uma formação fenomenológica e as aquisições da ciência social de inspiração mais positivista.

Tendo em vista os limites teóricos desta pesquisa e objetivando compreender a sua teoria do pluralismo jurídico, nos limitaremos a destacar os seguintes elementos: a teoria dos fatos normativos, a concepção de direito social e o direito social condensado.

Em sua construção teórica, parte do seguinte pressuposto: o direito tem o seu nascimento na Sociedade e não no Estado, não necessitando deste para a sua existência. Deste modo, pode haver direito sem qualquer ato do Estado. Igualmente não existe um único direito, mas uma pluralidade de direitos⁴².

O que torna exigível o direito é aquilo que ele denomina fatos normativos, “que se afirman como fundamento de la fuerza obligatoria y de la eficiencia de la regla jurídica, converge toda la complejidad del fenómeno del derecho”⁴³.

Portanto, os fatos normativos caracterizam-se “como fontes primárias e materiais do direito” e são ideias-ações, carregadas de valores morais e jurídicos⁴⁴. O que torna um fato em fato normativo é a sua continuidade temporal, e estar “penetrado desde el comienzo por valores jurídicos y morales extra-temporales [...]”⁴⁵.

40 MORAIS, 1997, p. 21-27; CARBONNIER, 1979, pp. 129-130; PÉREZ; PRIETO, 2005.

41 SCHWARTZMAN, 1964.

42 GURVITCH, 2005; CARBONNIER, 1979; MARTINS, 2011; WOLKMER, 1997, p. 179.

43 GURVITCH, 2005, p. 124.

44 MORAIS, 1997, pp. 40-41.

45 GURVITCH, 2005, p. 126.

Assim, os fatos normativos se traduzem como fatos sociais possuidores de valores positivos e encarnam um sentido de justiça. Na qualidade de fontes primárias do direito, os fatos normativos se diferenciam e se opõem às fontes secundárias, que são ilimitadas e não possuem uma hierarquização. Elas têm como fundamento de sua autoridade os próprios fatos normativos e têm por escopo confirmar formalmente as fontes primárias. Entre as fontes secundárias listadas pelo autor, podem ser destacadas: os costumes, as leis do Estado, as práticas dos tribunais, as doutrinas, as convenções⁴⁶.

Os fatos normativos são a base do direito, tendo sua origem e aplicação na comunidade. Direito e comunidade não nascem separados, mas surgem e se consolidam juntos, pois são “inseparables en su existencia y su validez. Estas comunidades en las que la constitución por el derecho y la generación de un derecho coinciden, son, precisamente, hechos normativos”⁴⁷.

Os fatos normativos são classificados em duas espécies que se opõem: a) os fatos normativos de união, integração ou comunhão, que criam o direito social ou direito de integração; e b) os fatos normativos de relação ou individualizados, que fundamentam a regras de direito individual. Gurvitch apresenta seis elementos diferenciadores entre essas duas espécies de fatos normativos: a) vínculo social; b) valores morais encarnados; c) possibilidade de visão e realização de novos valores; d) variedades dos fatos normativos; e) fontes formais que os constatarem; f) a relação de um com o outro⁴⁸.

Neste sentido, “o Direito surge da própria sociedade, não necessitando do Estado, mas apenas de fatos normativos que lhe dão existência e força obrigatória”⁴⁹.

Além disso, dentro da sociabilidade ativa que elabora os fatos normativos, torna-se possível vislumbrar duas espécies de direito, o direito social ou de integração e o direito individual. O primeiro tem sua base na coletividade organizada e se caracteriza por uma ordem normativa integradora. O segundo, de base individualista, caracteriza-se por ordem normativa de exclusão, construído especificamente dentro do paradigma representativo, como consequência “das condições sociais do liberalismo econômico”⁵⁰.

46 GURVITCH, 2005, pp. 143-157.

47 *Id.*, p. 130 – grifos no original.

48 *Ibid.*

49 MARTINS, 2011.

50 WOLKMER, 1997, p. 180; MORAIS, 1997; GURVITCH, 2005.

Segundo Morais e Hermany,

Gurvitch propõe, portanto, um direito como fato social, que encontra sua legitimidade a partir da própria sociedade, estabelecendo-se nitidamente uma lógica habermasiana, pois os atores sociais são simultaneamente autores e destinatários do direito. O autor destaca a legitimidade e garantia a partir da própria sociedade [...]⁵¹.

Antes de situarmos a formulação teórica de Gurvitch sobre o direito social, convém destacar que não podemos identificá-la com a concepção de direito social no modelo de Estado Social. Percebe-se na construção teórica de Gurvitch a crítica ao modelo de direito social advindo das políticas do Estado Social, por ser uma visão parcial de direito, que tem na sua aplicação hermenêutica a vinculação ao paradigma do individualismo-representativo moderno, que esconde a existência da pluralidade normativa e retira da comunidade a sua capacidade de produzir o direito, que lhe é inerente e com ela surge⁵². Ora, o que se percebe é que já pode ser encontrado em Gurvitch um diagnóstico da crise do paradigma moderno, fundado na representação e na abstração da capacidade política e formuladora do direito, de que era detentora a Sociedade.

Prescreve Gurvitch que o direito social deve ser compreendido como um:

[...] derecho autónomo de comunión, que integra de forma objetiva cada totalidad activa real, que encarna un valor positivo extra-temporal. Este derecho se deriva directamente del “todo” en cuestión para regular su vida interior, independientemente del hecho de que este “todo” esté organizado o in-organizado. El derecho de comunión hace participar al todo de forma inmediata en la relación jurídica que emana de él, sin transformar este “todo”, en un sujeto separado de sus miembros. El “derecho de integración”, instituye un “poder social” que no está esencialmente ligado a una sujeción incondicional y que puede plenamente realizarse en la inmensa mayoría de los casos por medio de una obligación relativa, a la cual podemos sustraernos; bajo ciertas condiciones este poder social puede, a veces, funcionar incluso sin coacción. El derecho social precede, en su fase primaria, a cualquier organización del

51 MORAIS; HERMANY, 2004, p. 212.

52 MORAIS, 1997, pp. 33-35.

grupo y no se puede expresar de forma organizada más que si la asociación está fundada en el derecho de la comunidad subyacente objetiva y penetrada por ella, es decir, cuando constituye una asociación igualitaria de colaboración y no una asociación jerárquica de dominación. El derecho social se dirige, en su fase organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidad de sus miembros en la voluntad única de la corporación o del establecimiento⁵³.

Procurando esclarecer o seu objeto de estudo, Gurvitch apresenta sete aspectos caracterizadores do direito social, que podem ser assim delimitados: a) a *função geral* é integrar objetivamente uma totalidade, ou seja, na forma de uma comunidade; b) o *fundamento de sua força obrigatória* advém da elaboração direta do grupo, e faz a sua autorregulação; c) o seu *objeto* é o regramento interno do grupo do qual faz parte; d) a *estrutura da relação jurídica* ocorre pela totalidade dos membros do grupo de forma direta; e) a sua *manifestação externa* não determina uma regra de coação ou sanção sem condicionamento. Pode aquele que faz parte do grupo se afastar do grupo sem o consentimento dele, por não existir qualquer tipo de coação do grupo em relação aos seus membros; f) a sua *realização* se configura pela proeminência do direito inorganizado em relação ao direito organizado; e g) os *sujeitos destinatários* são as/os pessoas/sujeitos coletivos complexos⁵⁴.

Por outro lado, o direito social pode ser dividido em quatro espécies: a) direito social objetivo e direito social subjetivo; b) direito social organizado e direito social inorganizado; c) direito social particular e direito social comum; e, d) direito social puro, direito social anexado e direito social condensado.

Quando se fala em direito social objetivo, estar-se-á tratando do “conjunto de instituciones y de normas que forman el orden jurídico”, enquanto que o direito social subjetivo especifica o “conjunto de competencias que estas normas atribuyen a los sujetos a los que se dirigen”⁵⁵.

Desta forma, prescreve Gurvitch que

53 GURVITCH, 2005, p. 20.

54 *Ibid.*, pp. 25-36; MORAIS, 1997, p. 38-39; MARTINS, 2011; VENERIO, 2012, p. 69.

55 GURVITCH, 2005, p. 54.

[...] el derecho social no puede ser concebido sin que su orden objetivo atribuya, a los sujetos a los que se dirige, derechos sociales subjetivos, y el derecho individual no puede afirmarse sin que los derechos subjetivos individuales se fundamenten en un orden objetivo de este mismo derecho individual, que sirve de base a la atribución de las pretensiones⁵⁶.

A ideia de direito social organizado e direito social inorganizado corresponde ao modelo de organização escolhido pela comunidade. No primeiro, pressupõe que exista uma organicidade, ou seja, uma sistematização das normas, elaborada e aplicada dentro da comunidade. Por outro lado, o inorganizado tem como referência a existência de um direito social espontâneo, que é considerado por Gurvitch a “fonte primária do direito”⁵⁷.

Já o direito social particular refere-se a uma parte dos interesses da comunidade, enquanto o direito social comum tem um sentido generalista e de globalidade. Existe uma preponderância do direito social comum em relação ao particular, da mesma forma que o inorganizado se sobrepõe ao direito organizado⁵⁸.

No que diz respeito ao último grupo, o direito social puro pode ser definido como aquele que não se utiliza instrumentalmente de uma sanção/coação incondicionada para a integração de seus componentes. Além disso, este possui uma relação de independência com o direito proveniente do Estado, pois, em conflito com este, não se encontrará em posição de inferioridade, mas de equivalência. Tem-se ainda o denominado direito social puro, porém submisso ao direito estatal. Esta realidade ocorrerá quando um direito puro e independente, colocado em conflito com a ordem estatal, vier a se submeter àquela⁵⁹.

De forma contraposta ao direito social puro, temos o direito social anexado e o direito social condensado. O direito social anexado é aquela modalidade que, ao se colocar à disposição da ordem estatal, perde a sua característica de direito puro, mas ainda mantém parte de sua autonomia. Deste modo, “el derecho social anexionado conserva una cierta autonomía y su fuerza obligatoria no se fundamenta apenas en una delegación del Estado [...]”⁶⁰.

56 GURVITCH, 2005, p. 55.

57 *Ibid.*, 2005, pp. 56-57; MORAIS, 1997, pp. 47-48; BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 324.

58 GURVITCH, 2005, pp. 58-59.

59 *Ibid.*, pp. 60-61 e 70; MORAIS, 1997, p. 50.

60 GURVITCH, 2005, p. 77.

O direito social condensado caracteriza-se por uma forma especial de direito social, pois, apesar de vincular-se à ordem normativa estatal, não prescinde de sua feição normativa da comunidade. Essa construção normativa é realizada pela colaboração entre a comunidade e o Estado, tendo por referência a participação democrática. Entretanto, por ter a participação estatal, perde o caráter puro e de independência, requerendo a coação/sanção do órgão estatal⁶¹.

Para Morais, o direito social condensado que nasce pela colaboração entre Estado e comunidade se configura como:

[...] um direito social organizado e, como tal, deve exprimir-se através de associações de colaboração ou de cooperação. Somente uma organização estatal democrática poderá desempenhar o papel superestrutural indispensável para que essa ordem social internalizada na ordem estatal sirva de mecanismo para exprimir organizadamente o amplo espectro da ordem social inorganizada. Apenas uma ordem democrática – como ordem de integração – superposta, estaria em conformidade com esta normatividade social inorganizada, em razão de sua abertura sobre a própria sociedade⁶².

Assim, a normatividade construída em regime de colaboração entre a comunidade e o ente estatal, para a sua validade, necessitará do “cumpra-se” do Estado. Entretanto, esse processo somente poderá ser enquadrado na categoria de direito social caso presente, em sua construção, o respeito e a efetividade da democracia não meramente formal, mas participativa.

Apesar de existir vinculado à ordem estatal, o direito social condensado poderá ainda manter o seu caráter de integração social caso “a normatividade estatal seja formulada a partir da regulação que se propõe a própria comunidade política”⁶³.

A concepção de integração é uma categoria fundamental da teoria do direito social de Gurvitch. “A característica integrativa significa que a ordem normativa de direito social precisa renunciar aos pressupostos do individualismo jurídico e compreender que o direito não tem o caráter unívoco da negação e da limitação [...]”⁶⁴.

61 GURVITCH, 2005; MORAIS, 1997; HERMANY, 2007.

62 MORAIS, 1997, p. 65.

63 MORAIS, 1997, p. 63.

64 *Ibid.*, pp. 53-54.

Esta ordem democrática pressupõe a existência de um tipo específico de Estado, aquele denominado de democrático, não a partir do paradigma da representação, mas daquele que tem na democracia o seu valor fundante, e a cidadania participativa como uma das bases de sua estrutura política, como é caso do modelo instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São exemplos de pesquisas realizadas na esteira do direito social condensado e a sua viabilidade frente ao paradigma democrático instituído pela CRFB/1988, nas temáticas: do orçamento participativo⁶⁵ e das audiências públicas eletrônicas⁶⁶.

Assim, apesar de o direito social, na sua forma condensada, deixar de possuir aquela pureza original, por manter um vínculo com a ordem normativa do Estado, ainda “manteria sua distinção diante da ordem de ordenação, pois asseguraria sua reflexibilidade social como um direito de comunhão”⁶⁷.

Ao possibilitar a construção de um direito que retira a sua legitimidade da participação democrática da sociedade, abre espaço para a construção de normatividades não produzidas pelo Poder Legislativo, mas reconhecidas pelo Estado. Tal realidade, ao retirar a produção normativa da exclusiva esfera da representação estatal, torna possível que haja a formulação e a interrelação da pluralidade de normatividades produzidas dentro da cidadania participativa pelos grupos sociais que fazem parte da sociedade e que interagem com o Estado⁶⁸.

Entende Goyard-Fabre que,

Em sua preocupação realista, as perspectivas dessa sociologia jurídica são evidentemente pluralistas, já que levam em conta acima de tudo a mobilidade e as transformações dos fatos normativos. O realismo de Gurvitch é a arma mais poderosa com a qual persegue os fantasmas da metafísica, do dogmatismo e do formalismo que, a meu ver, estão sempre presentes nas concepções tradicionais do direito e lhes dão seu perfil rígido. Além disso, a metafísica encheu a tradição de falsos problemas que se cristalizam num acúmulo de dualismos: fato e direito, positividade e normatividade, indivíduo e sociedade, ciência e

65 COSTA, 2009.

66 FRANTZ, 2010.

67 MORAIS, 1997, p. 65.

68 HERMANY, 2007.

moral, social e jurídico, sociologia e história... Ora, esses dualismos são uma oposição falsa: na verdade, os fatos normativos que atulham a sociedade, todos esses parâmetros são “dialeticamente” complementares. Muito particularmente, estabelecem-se entre as estruturas primárias da ordem social e as estruturas secundárias da ordem jurídica, múltiplas anastomoses e trocas permanentes: o direito só é jurídico porque é social nas suas próprias fundações⁶⁹.

Portanto, constata-se que a concepção de direito de Gurvitch é incontestavelmente pluralista, de base antiestatal e dialética, que extrai a sua fonte normativa da coletividade e que se opõe ao modelo do individualismo liberal. Tal pluralismo jurídico ressalta não apenas uma pluralidade de direitos, mas a existência de uma equivalência entre eles⁷⁰.

Conforme Luiz Fernando Coelho,

O pluralismo por ele descrito representa um equilíbrio entre duas forças antagônicas igualmente poderosas: a política e a social. Pelo lado político, visualiza o passado de um Estado centralizador, monárquico, posteriormente jacobino. Pelo lado social, o histórico da fragmentada sociedade feudal, ou então a Igreja, as corporações e os sindicatos. E reconhece nas sociedades contemporâneas a existência do pluralismo como decorrência da produção de direito tanto no plano supraestatal como no infraestatal. Assim, são centros geradores de normas jurídicas as organizações internacionais em plano superior ao Estado e, em nível inferior, os sindicatos, as empresas, os condomínios, os serviços públicos descentralizados, entre outros. Eles se constituem em centros responsáveis pela geração espontânea de um direito que nasce dos fatos normativos da vida societária⁷¹.

5. Conclusões

O estudo ora desenvolvido objetivou compreender a construção teórica do pluralismo jurídico clássico, tendo por referência os arrazoados de Eugen Ehrlich, Santi Romano e Georges Gurvitch.

69 GOYARD-FABRE, 2007, p. 166.

70 DUPRET, 1997; CARBONNIER, 1979; MARTINS, 2011; WOLKMER, 1997.

71 COELHO, 2007, p. 118.

Conforme visto, para Ehrlich, o direito não tem como única fonte o Estado, mas origina-se também na Sociedade e nas relações sociais oriundas dela, sendo o direito uma formulação espontânea da Sociedade e influenciado pelas mudanças que essa passa. Deste modo, ele rejeita a matriz teórica do monismo jurídico e seu paradigma formalista.

Já Santi Romano, apesar de não ter formulado uma teoria específica acerca do pluralismo jurídico, ao desenvolver o seu conceito de instituição e da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, pavimentou o caminho para uma alternativa à estatalidade normativa no primeiro quarto do século XX. Portanto, como verificado, em Romano o direito não se reduz na norma jurídica existente, mas é encontrado em cada organização social – instituição, que é possuidora de seu próprio ordenamento. Por conseguinte, sendo o Estado uma destas instituições e não a única, não existe apenas o seu ordenamento jurídico, mas cada instituição é proprietária de seu próprio ordenamento.

Por fim, deve ser destacado que a contribuição teórica de Gurvitch permite tratar de questões centrais referentes à elaboração de políticas fundamentais para a coletividade, seja na esfera da participação política, seja na construção e concretização de direitos fundamentais da Sociedade, a exemplo do direito à saúde⁷². Tal realidade ressalta a importância de Gurvitch em um momento no qual vivenciamos uma crise do paradigma dominante, e percebemos a necessidade da construção de um paradigma alternativo, que fortaleça a cidadania participativa.

Referências Bibliográficas

- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação Nello Moura. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio de Cicco. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

72 MORAIS, 1997; HERMANY, 2007.

- BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, Unibrasil, 2010, n. 12, v. 1, pp. 21-31. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/arti_cle/viewFile/358/308>. Acesso em: 02 jan. 2013.
- BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. El pensamiento institucional de Santi Romano. Filosofía del derecho y problemas de filosofía social. In: *Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social*. v. IV. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1981, pp. 129-145. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1013/1.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.
- CARBONNIER, Jean. *Sociología jurídica*. Tradução de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- COSTA, Dartagnan Limberger. *O empoderamento social local mediante a efetivação da participação popular através do orçamento participativo e da governança solidária local: uma análise teórica da possibilidade de concreção de um direito social condensado*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2009.
- DUPRET, Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, issue 1, April 1997. Disponível em: <<http://www.ejls.eu/current.php?id=1>>. Acesso em: 03 jan. 2013.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1986.
- FRANTZ, Diogo. *O empoderamento social local e o paradigma informacional: uma abordagem a partir das audiências públicas eletrônicas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2010.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão da tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. Introdução. In: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 11-32.

- _____. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Tradução de Arno da Ri Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social: noción y sistema del derecho social*. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX. Traducción de José Luis Monereo Pérez e Antonio Márquez Prieto. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005.
- HERMANY, Ricardo. *(Re) discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc/IPR, 2007.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARTINS, Daniele Comin. O Direito Social de Georges Gurvitch. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3.075, 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20548>>. Acesso em: 10 jan. 2013.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____.; HERMANY, Ricardo. O direito social como estratégia de integração entre sociedade e espaço público estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvitch. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). *A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. pp. 209-230.
- NÓBREGA, Beatrice Guimarães. *O dualismo de preeminência internacional: uma abordagem antiformalista acerca da relação entre direito internacional e direito interno a partir do ordenamento jurídico de Santi Romano*. 260f. Dissertação (mestrado) - PPGD-UFSC, Florianópolis, 2008.
- PÉREZ, José Luis Monereo; PRIETO, Antonio Márquez. Estudio preliminar. La “idea del derecho social” en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch. In: GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social: noción y sistema del derecho social*. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX. Tradução de José Luis Monereo Pérez e Antonio Márquez Prieto. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005. p. VII-LV.
- RAMOS, Felipe de Farias. *O institucionalismo de Santi Romano: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica*. 2011. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PPGD. Florianópolis, UFSC, 2011.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

- _____. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008a.
- ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. In: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008b. pp. 33-52.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. Los orígenes del pluralismo jurídico. In: ALBA S., Oscar; CASTRO, Sérgio R. (Orgs.). *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Sucre: Bolívia: Comisión de Justicia de la Asamblea Contituyente, [s/d]. pp. 19-33. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/9001.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013.
- SCHWARTZMAN, Simon. *Introdução ao pensamento de Georges Gurvitch*. 1964. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/gurvitch.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2012.
- VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *Universidade e comunidade: o ethos comunitário das universidades catarinenses mantidas por fundações municipais de direito privado – uma abordagem a partir do pluralismo jurídico*. 332f. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - PPGD-UFSC, Florianópolis, 2012.
- ZICCARDI, Piero. As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi Romano: o direito internacional. In: *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 56, pp. 41-54, jun. 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.
- _____. Introdução. In: VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone Fernandes Morcila (Orgs.). *Pluralismo jurídico: os caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 7-10.

Recebido em 29 de janeiro de 2015

Aprovado em 09 de dezembro de 2015

A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual*

Dworkin's Criticism of Conventionalism and Its Relevance: A Conceptual Criticism Scheme

Ronaldo Porto Macedo Jr.**

Universidade de São Paulo – USP, São Paulo-SP, Brasil

1. O convencionalismo jurídico e o desafio dworkiniano

A teoria do direito é um campo do conhecimento humano marcado por profundos desacordos. Uma parcela muito significativa dos trabalhos mais expressivos nessa área se dedica a reapreciar algumas perguntas clássicas, como “o que é o direito?”, “qual é sua natureza?” e “qual é a natureza da teoria sobre o direito?”. Tais questões indicam que uma das dimensões de nossos desacordos jurídicos se refere aos desacordos sobre o próprio conceito de direito.

Este trabalho visa analisar um capítulo especialmente importante da história do debate teórico em torno dessas questões que dominou os meios acadêmicos anglo-saxão e continental europeu nas últimas décadas.

* Este texto é parte introdutória de um livro chamado *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*, ainda inédito. Neste livro analiso com detalhes as variantes e sofisticadas formulações do convencionalismo jurídico, notadamente nas versões de Andrei Marmor e Jules Coleman, bem com as reações a elas.

** Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP e Professor de Teoria do Direito na FGV DIREITO – São Paulo. Email: ronaldo.macedo@terra.com.br.

Ele trata das reações que alguns trabalhos teóricos – e, de modo muito particular, a obra de Ronald Dworkin – provocaram entre os defensores do positivismo jurídico, em especial os defensores da tese das fontes sociais do direito¹. Tais autores, também denominados de *positivistas metodológicos*, procuraram, apresentando uma *teoria convencionalista do direito*, responder àquilo que neste trabalho denomino de *desafio dworkiniano*. Esse desafio consistiu fundamentalmente na crítica das explicações do positivismo hartiano sobre como a regra de reconhecimento se torna normativa e gera obrigações para as autoridades às quais ela serve de fundamento do direito e sobre a natureza das controvérsias e dos desacordos acerca dos fundamentos do direito nas práticas jurídicas argumentativas comuns em nossos tribunais. Esses tipos de *desacordos teóricos* (sobre os fundamentos do direito) demarcam uma importante dimensão de nossos desacordos jurídicos. Isso faz com que nossos desacordos *sobre o conceito de direito* influenciem nossos desacordos *no direito*.

O trabalho visa, em síntese, mostrar em que consistem os principais elementos da crítica de Dworkin ao convencionalismo, bem como as respostas a ela oferecidas pelos convencionalistas. Procuo elaborar um esquema conceitual geral comum aos convencionalistas. Não me detenho, neste artigo, a uma análise dos pontos de divergência entre as múltiplas variantes convencionalistas. Ainda que as respostas convencionalistas não esgotem as reações às críticas de Dworkin, visto que muitos positivistas como Joseph Raz e Julie Dickson² seguiram outras possibilidades teóricas, é certo que elas ocupam um lugar central no debate contemporâneo e são dominantes entre os positivistas jurídicos. Pretendo mostrar também os motivos pelos quais, em minha visão, os esforços convencionalistas fracassam. Acredito que o seu fracasso é triplo. Em primeiro lugar, o convencionalismo jurídico não oferece uma teoria ajustada às práticas interpretativas e de decisão judicial. Ao analisar as práticas jurídicas, ele assume que há convenções e nega arbitrariamente existirem razões e *justificativas* em situações em que muitas vezes as convenções inexistem. Ele não consegue explicar o motivo pelo qual os juízes continuam procurando as melhores

1 Eu assim as denomino porquanto muitas críticas ao convencionalismo não foram formuladas apenas por Ronald Dworkin, mas também por diversos teóricos que participaram desse debate. Sobre o assunto, veja-se, dentro outros. Cfr. COLEMAN, 2001; ADLER; HIMMA, 2009. Compartilham as críticas ao convencionalismo também GREENBERG, 2006.

2 Cf. RAZ, 1979 e DICKSON, 2007.

justificações, mesmo quando elas não são aparentes. Em segundo lugar, a estratégia de procurar convenções mais abstratas ou profundas para o convencionalismo (por exemplo: Andrei Marmor) ou de insistir na ideia de que razões substantivas morais podem contingentemente se tornar fundamentos do direito (por exemplo: Jules Coleman) exige o retorno da interpretação e, com ele, uma negação do convencionalismo positivista. Por fim, o convencionalismo também fracassa por não apresentar uma teoria convincente sobre os fundamentos da aceitação do uso da coerção e sobre o modo como se formam e de que tipo são as obrigações dos juízes perante o direito. Em outras palavras, não apresenta uma teoria plausível sobre o dever de obedecer à autoridade. Enfim, o convencionalismo jurídico não responde satisfatoriamente ao *desafio dworkiniano*.

O texto segue a seguinte estrutura. Em primeiro lugar procuro determinar os significados de convenção, convencionalismo e do convencionalismo jurídico. Em seguida, mostro a relevância destes conceitos para a determinação de uma concepção positivista de direito baseada na tese de que este se funda exclusivamente em fontes diretamente sociais. Em terceiro lugar, apresento como os desacordos argumentativos recorrentes nas práticas jurídicas são essenciais para a uma correta descrição do que é o direito. Em quarto lugar, apresento casos paradigmáticos de desacordos teóricos que não são adequadamente explicados por uma teoria jurídica comprometida com o convencionalismo jurídico. Em quinto lugar, formulo um esquema conceitual geral e provisório para a compreensão da crítica que Dworkin formula ao convencionalismo jurídico, salientando como ela se baseia numa análise sobre a gramática lógica pressuposta em desacordos teóricos comuns em nossa prática jurídica. Argumento que o direito, contrariamente ao que defendem os teóricos convencionalistas, não se assemelha a um jogo de xadrez, mas antes a uma prática de disputa argumentativa sobre o significado normativo de cortesia. Nesta última, o significado dos conceitos não se determina como querem as explicações convencionalistas, mas antes envolvem uma reflexão reconstrutiva sobre o próprio valor posto em disputa. Por fim, indico que o convencionalismo jurídico não foi capaz de responder ao desafio dworkiniano na medida em que desconsiderou o tipo de desacordo teórico que estava em questão em casos centrais das práticas jurídicas.

O que devemos compreender por convencionalismo jurídico? Diversos filósofos já salientaram que o conceito de convencionalismo é bastante

controvertido e ambíguo³. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque ele assume significados técnicos distintos no âmbito de diversas disciplinas, como a economia, a sociologia, a filosofia e a teoria do direito⁴. Em segundo lugar, mesmo dentro da teoria do direito esse conceito assume distintas definições, sendo muitas vezes difícil identificar se as críticas que um autor dirige a outro compartilham do mesmo significado dado pelo autor criticado. Por uma razão de prudência metodológica, apresentarei aqui o significado que atribuo a esse conceito. Adoto a definição de Gerald Postema, para quem “convenções são normas sociais praticadas cujo funcionamento como normas depende de elas serem praticadas”⁵.

A *ideia de convenção* aparece de diversas formas dentro da teoria do direito. Ela se constituía num conceito central para a teoria do direito inglesa do início do século XX para a compreensão da ideia de fonte do direito, em particular para o direito internacional. Em segundo lugar, em períodos mais recentes a convenção retomou sua importância no âmbito do direito privado, em particular para os estudos de responsabilidade civil e direito comercial⁶. Por fim, o tema ganhou importância no âmbito dos debates sobre objetividade na interpretação, visto que para alguns importantes teóricos do mundo anglo-saxão, como Owen Fiss e Stanley Fish, essa objetividade seria diretamente dependente das convenções existentes no âmbito da comunidade dos intérpretes⁷. Essas abordagens do tema *convenções e direito*, contudo, se reportam à importância das *convenções no direito* e não dizem respeito, senão indiretamente, ao tema central deste trabalho, que trata do *direito como convenção* (ou do fundamento convencionalista do

3 BEN-MENAHAM, 2006; RESCORLA, 2013. Nelson Goodman observa que: “The terms ‘convention’ and ‘conventional’ are flagrantly and intricately ambiguous. On the one hand, the conventional is the ordinary, the usual, the traditional, the orthodox as against the novel, the deviant, the unexpected, the heterodox. On the other hand, the conventional is the artificial, the invented, the optional, as against the natural, the fundamental, the mandatory.” GOODMAN, 1989; BEN-MENAHAM, 1998. Uma discussão do convencionalismo, na interpretação de Wittgenstein, e do direito pode ser encontrada (ainda que não acompanhe a autora em muitos aspectos) em NARVÁEZ, 1999.

4 Cf. RESCORLA, 2013, p. 2.

5 POSTEMA, 2011a, pp. 484-485, tradução minha. No original: “conventions are practiced social norms the functioning of which as norms depends on their being practiced”. Com essa definição, Gerald Postema procura “to exclude those norms that may apply to a population but are not practiced by them and those rules people tend to follow ‘for their own part only’, which Dworkin called ‘rules of concurrent morality’”.

6 Cf. HETCHER, 2004; KELLEY, 1990; TRAKMAN, 1983 *apud* POSTEMA, 2011a, p. 484.

7 FISS, 1982. Tradução brasileira em FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; FISS, 1985.

direito). Segundo essa visão, o direito é um conjunto de regras sociais que funcionam como soluções para problemas de coordenação e cooperação social ou que têm o seu funcionamento dependente das práticas sociais convergentes, de onde extraem sua normatividade. Postema denomina esse tipo de convencionalismo de *convencionalismo fundacional* (*foundational conventionalism*)⁸. Neste trabalho eu o designarei simplesmente como *convencionalismo jurídico*. É sobre ele que dirigirei prioritariamente a minha atenção, ainda que seja possível identificar uma afinidade importante entre o *convencionalismo epistêmico* (para me referir a Owen Fiss e Stanley Fish) e o *convencionalismo fundacional*. Essa definição se distingue, desde logo, daquilo que muitas vezes também é chamado por filósofos da linguagem de *convencionalismo*, a saber, a tese semântica crua (*crude semantics*) segundo a qual proposições sobre o significado da palavra “direito”, bem como sobre o significado do direito, são verdadeiras em razão daquilo que as pessoas acreditam ser o direito.

O convencionalismo jurídico consiste na tese segundo a qual a natureza do direito e a sua força normativa estão fundadas numa prática social. Um bom exemplo desta tese é a teoria hartiana do direito, segundo a qual o direito está fundado na prática jurídica dos juízes (*officials*)⁹. É interessante notar que H. L. A. Hart somente vem a acolher de forma clara e explícita um fundamento convencionalista para a sua teoria do direito no *Postscript*¹⁰. Essa sua “virada convencionalista” está relacionada historicamente às críticas que lhe foram feitas por Dworkin, talvez o primeiro crítico a acentuar a vulnerabilidade de sua teoria do direito tal como exposta em *O conceito do direito*, em razão da circularidade envolvida na teoria da obrigação jurídica que Hart apresentara. Ela estaria sintetizada na questão central (e mortal) que formula Dworkin já nas primeiras páginas de “Modelo de regras I” e repetida em *O império do direito* acerca do fundamento das obri-

8 POSTEMA, 2011a, p. 484.

9 É importante destacar que alguns teóricos apresentam argumentos distinguindo da tese das fontes sociais do direito o convencionalismo, muito embora reconheçam que essa separação não é feita pelo próprio Hart nem é reconhecida por Dworkin na crítica que dirige ao convencionalismo. ZIPURSKY, 2001 e 2013. Postema chama a atenção para o fato de que seria possível também identificar uma outra tradição de convencionalismo fundacional na tradição teórico-jurídica anglo-saxã, associada à obra de Lon Fuller. Esta, contudo, não será aqui analisada, tendo em vista os objetivos mais analíticos do que históricos do presente trabalho. “Within the common law tradition, represented in the recent century by the work of Lon Fuller a wider foundational conventionalism has also been available.” POSTEMA, 2011b, pp. 609-616. Ver também POSTEMA, 2008, pp. 45-65.

10 Esse ponto é enfaticamente defendido também por DICKSON, 2007.

gações dos juízes de obedecer ao direito¹¹. O que significa e de onde nasce a obrigação dos juízes de aplicar o direito? Colocando em outros termos, essa circularidade poderia ser enunciada na constatação de que “a autoridade jurídica dos atos ou das instituições baseia-se em regras jurídicas que a conferem, mas essas regras jurídicas são capazes de conferir autoridade somente se eles já a têm”¹². Essa crítica foi reconhecida posteriormente não apenas pelo próprio Hart (que por esse mesmo motivo procura dar-lhe uma resposta convencionalista), como por outros críticos contemporâneos¹³.

Mas por que motivo seria relevante apresentar os fundamentos do convencionalismo, bem como as razões de seu insucesso? Qual é o interesse em empreender esse esforço teórico? Para responder, vale a pena ampliar ainda mais o escopo e a abrangência dessa pergunta. Afinal, por que a teoria do direito é relevante?

Para que serve a teoria do direito? Essa pergunta básica tem sido formulada há séculos por diversos filósofos e pensadores do direito. A pergunta é, num certo sentido, trivial, visto que mesmo aqueles que expressam má vontade com os exageros das sofisticações conceituais reconhecem que algum tipo de sistematização do conhecimento é relevante. Ademais, diversos outros campos do saber também fizeram da pergunta sobre a sua natureza e sua utilidade uma questão básica. A pergunta, portanto, não é extravagante. A filosofia, de maneira particular, parece ter feito de si mesma o seu primeiro problema filosófico.

As respostas, entretanto, estão longe de ser triviais. É possível destacar dois grandes grupos de respostas a essa pergunta: aquelas que discutem a sua *utilidade teórica* e as que avaliam a sua *utilidade prática*. A *utilidade teórica* da teoria do direito é objeto de reflexão de muitos pensadores. Vários deles sugerem, *grosso modo*, que o serviço que uma teoria do direito pode prestar ao nosso conhecimento consiste em oferecer *descrição* correta e verdadeira do que é o direito¹⁴. Aqui, a descrição poderia ser pensada,

11 DWORKIN, 2002, pp. 28-29; DWORKIN, 1977, p. 17; DWORKIN, 1986, p. 3. “Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreement they are having. Is there a mystery about that?”

12 POSTEMA, 2011a, p. 485, tradução minha. No original: “the legal authority of acts or institutions rests on legal rules that confer it, but those legal rules are able to confer authority only if they already have it”.

13 GREEN, 1999, p. 36; SHAPIRO, 2001, pp. 149-191; MARMOR, 2006; “legal authority is made possible by a specific kind of conventional social practice.” COLEMAN, 2001b, p. xvii; SHAPIRO, 2011, p. 57 *et seq.*

14 Evidentemente poderão existir inúmeras controvérsias sobre o conceito de *verdade* e de *correção* que devem ser utilizados por uma teoria do direito. Discuti alguns de seus problemas e algumas de suas

por exemplo, como uma tentativa de oferecer uma ciência positivista do direito¹⁵. Nessa acepção, uma teoria do direito é útil na medida em que permite conhecer o que caracteriza a prática social usualmente descrita como direito, a exemplo do modo como um sociólogo poderia descrever o que é a prática do futebol ou a realização de uma greve. A utilidade teórica seria medida pela capacidade de oferecer uma descrição correta e verdadeira dessa prática.

É possível também imaginar qual seria a *utilidade prática* da teoria do direito. Nesse caso, seria possível pensar nos ganhos que o conhecimento teórico do direito poderia trazer para nossas ações práticas no mundo. Um exemplo do tipo de resposta que poderíamos dar a essa pergunta seria: a teoria do direito funciona como uma espécie de laboratório conceitual nutrindo a *dogmática jurídica* de categorias úteis para a resolução de conflitos jurídicos. A teoria do direito, nesse caso, manteria com a dogmática jurídica (aqui entendida como um tipo de saber tecnológico) uma relação análoga àquela estabelecida entre a física teórica e a engenharia civil¹⁶. A primeira seria útil na formulação dos conceitos centrais utilizados pela tecnologia de construção. O vínculo entre a teoria e a prática, assim, se estabeleceria de *forma indireta*, na medida em que seria importante para a elaboração de sistemas de pensamento úteis para nossas ações práticas.

É possível oferecer também um outro tipo de resposta. Poderíamos perguntar se são relevantes para a prática jurídica as respostas que juristas dão à pergunta teórica “o que é o direito?”. Caso positiva, a resposta nos indicaria a existência de uma *relação direta* entre a teoria do direito e a prática jurídica. O tema é controverso, em especial entre os teóricos do direito. Embora seja plausível imaginar que o senso comum tenda a considerar o conhecimento teórico do direito altamente relevante para a prática jurídica, muitos filósofos do direito têm questionado, ao menos parcialmente, tal evidência. Richard Posner, por exemplo, tem produzido diversos artigos apontando para os limites da utilidade das preocupações teórico-jurídicas

dimensões em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 66 *et seq.* Uma análise rica e sintética do tema é também feita por MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 60 *et seq.* Adiante analisarei como o conceito de verdade é também central para compreender a articulação entre as importâncias teórica e prática da teoria do direito.

15 KELSEN, 1999, p. 1.

16 Cf. LUHMANN, 1983; FERRAZ JÚNIOR, 2003; VIEHWEG, 1997.

para os juristas¹⁷. Por razões parecidas, Joseph Raz também tem salientado que o interesse da teoria do direito para a prática jurídica seria evidente apenas num nível mais básico e elementar¹⁸.

Ronald Dworkin e outros procuraram mostrar que a resposta que damos à pergunta “o que é o direito?” é fundamental em nossas práticas jurídicas centrais. Para ele, muitos dos desacordos que encontrarmos nas práticas argumentativas típicas de nossos tribunais envolvem o que ele denomina de *desacordos teóricos*, isto é, desacordos entre proposições jurídicas cujo valor de verdade depende do significado atribuído ao direito. Esse tipo de desacordo é importante tanto do ponto de vista prático como do ponto de vista teórico “descritivo” e será objeto de detida análise neste trabalho.

Mas qual é a estrutura desses desacordos teóricos? Como se expressam? Qual é a sua natureza? Em primeiro lugar, é importante notar que os desacordos que encontramos na prática do direito se expressam por argumentos. O direito é, por esse mesmo motivo, essencialmente uma prática argumentativa. Qualquer descrição do direito que ignorasse essa relevante característica das práticas que o constituem estaria se afastando significativamente daquilo que socialmente designamos e reconhecemos como direito. Os advogados, quando atuam em defesa dos seus representados, buscam apresentar a melhor justificação para seus pleitos perante o Judiciário. Também os juízes, em seus esforços argumentativos, agem intencionalmente orientados para apresentar a melhor interpretação do direito e nisso reconhecem a sua *obrigação como juízes*.

Um exemplo poderá tornar tal ideia mais evidente. Imagine-se um sistema de atribuição de prêmios, sanções e consequências coercitivas organizado como um sorteio aleatório. Nesse sistema de distribuição há regras, procedimentos e consequências a serem impostas coercitivamente. Suponha-se também que num sorteio X a conduta *roubar um banco* seja escolhida e o resultado aleatoriamente associado a ela seja “cumprir 12 anos de reclusão”. Tudo parecerá familiar em relação ao nosso sistema de justiça. Num outro sorteio desse tipo, porém, suponhamos que a conduta *auxiliar*

17 Desenvolvo esse argumento, bem como apresento uma leitura da virada pragmática de Richard Posner, em MACEDO JUNIOR, 2012. Ver também a bibliografia lá citada, especialmente POSNER, 1980-1981; 1998a; 1997; 2005; 1996-1997. As principais críticas de Dworkin a Posner no tocante a sua “virada pragmática” estão em DWORKIN, 2006c, pp. 49-74. Ver ainda POSNER, 1998a; *Id.*, 1997; DWORKIN, 2006a, pp. 75-104; POSNER, 1998b.

18 Cf. RAZ, 1998; SHAPIRO, 2011, p. 368 *et seq.*

uma velha senhora a atravessar a rua seja associada a “cumprir quatro anos de reclusão”. Ou ainda, que para a conduta *não pagar impostos* seja associada o recebimento de 100 mil reais. A estranheza que o exemplo suscita se reporta ao fato de que o direito não é apenas um sistema de regras para atribuição de sanções, prêmios e consequências coercitivas. Ele é um sistema que exige que tais procedimentos sejam justificados segundo algum esquema plausível de justiça. É esse esquema que está ausente no exemplo e nos faz ver por que não faria sentido denominá-lo de sistema jurídico. Um sistema jurídico não pode ser uma loteria de sanções e recompensas.

Em segundo lugar, é importante também notar que os desacordos se fazem por meio de *proposições jurídicas*, isto é, de afirmações ou pretensões sobre o que o direito lhes permite, garante ou proíbe¹⁹. Essas proposições jurídicas, como qualquer outra proposição, são *bipolares*, ou seja, possuem um valor de verdade que pode ser verdadeiro ou falso²⁰. As proposições são, como destacava Platão no *Sofista*²¹, como uma flecha lançada por um arco. Ela pode acertar ou errar o alvo. Nisso consiste a sua bipolaridade. A proposição jurídica pode ser verdadeira ou falsa e, como uma flecha, errar ou acertar o alvo. Quais são as condições que permitem que uma proposição jurídica seja bipolar? Em que condições podemos dizer que uma proposição que afirma um direito é verdadeira?

Tomemos um exemplo. A proposição jurídica “é verdadeiro que no Brasil os motoristas não podem trafegar a mais de 300 km/h porque o direito proíbe” tem o valor de verdade verdadeiro. Isso significa que ela poderia, do ponto de vista lógico, ser falsa. Contudo, ela é verdadeira porque imaginamos que ela satisfaz as condições de verdade. Podemos imaginar, por exemplo, que a existência de uma lei válida publicada no Diário Oficial proibindo transitar a mais de 120 km/h nas rodovias nacionais satisfaz a condição de verdade da proposição. Dworkin denomina essa condição de verdade das proposições jurídicas de *fundamentos do direito* (*grounds of law*)²².

19 DWORKIN, 1986, p. 4.

20 SANTOS, 1993; DWORKIN, 1985, pp. 167-180; *Id.*, 1996, pp. 1-11.

21 PLATÃO, 2000; ARISTÓTELES, 2000; SANTOS, 1996, pp. 437-456. Aristóteles, em *De interpretatione*, afirma que “nem toda frase é declarativa, mas apenas aquela em que ocorre pretender dizer o verdadeiro e o falso”. ARISTÓTELES, 2000, cap. 4, 16b 33.

22 DWORKIN, 1986, p. 4.

Dworkin destaca também que proposições jurídicas podem expressar desacordos de variadas espécies. Alguns desacordos podem não se referir aos fundamentos de direito (*grounds of law*), mas antes questionar se suas condições estão satisfeitas num caso particular. *Desacordos empíricos* são desse tipo. Poderemos, por exemplo, concordar que, se houver uma lei proibindo trafegar a mais de 120 km/h nas rodovias, então trafegar a 300 Km/h violará o direito. Contudo, podemos não estar de acordo quanto à existência dessa lei. Alguém poderá entender que tal lei foi anulada ou revogada. Podemos também, num caso particular, estarmos em desacordo sobre a velocidade em que trafegava determinado motorista. Esses *desacordos empíricos* são bastante comuns na vida dos tribunais e não despertam maiores desafios para a teoria do direito. *Desacordos teóricos*, contudo, representam um desafio importante para a teoria do direito. Dois exemplos indicados por Dworkin em duas diferentes obras auxiliam a compreender as razões.

2. Casos paradigmáticos de desacordo teórico

Scott Shapiro chama a atenção para o fato de que Dworkin, ao escrever *O império do direito*, substituiu o exemplo paradigmático utilizado para ilustrar o seu argumento acerca das controvérsias teóricas²³. Se nos artigos “Modelo de regras I” e “Modelo de regras II” ele se valera da análise do famoso caso *Elmer*²⁴, no qual se discutia a validade de um testamento feito em favor do neto que assassinara o avô, em *O império do direito* o caso *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill* (doravante denominado abreviadamente de caso *TVA*)²⁵ ocupa um lugar de destaque. Isso porque ele ilustra com mais clareza o seu argumento sobre a relevância prática dos desacordos teóricos e, portanto, da própria teoria do direito.

O caso é bastante conhecido e envolve uma ação proposta para impedir a construção de uma barragem no Tennessee, visto que colocaria em

23 SHAPIRO, 2007. Ainda que Dworkin não abandone o caso *Elmer* em sua argumentação (DWORKIN, 1986, pp. 15-20), é certo que o caso *TVA v. Hill* não poderia receber as mesmas respostas teóricas que os positivistas poderiam dar para o caso *Elmer*, refutando a interpretação que dele faz Dworkin. Nesse sentido, o caso *TVA v. Hill* é mais difícil de ser refutado e expõe com mais clareza a força do argumento de Dworkin.

24 Também conhecido como caso *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 1889, referido em DWORKIN, 1978, p. 23, e também em DWORKIN, 1986, p. 13, e em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 188 *et seq.*

25 103 *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 1978.32, referido por Dworkin em DWORKIN, 1986, pp. 20-23.

risco a sobrevivência de uma espécie de peixe (denominado *snail darter*) protegida pela Lei de Espécies Ameaçadas de 1973 (*Endangered Species Act of 1973*). Depois de muitas batalhas judiciais o caso foi levado à Suprema Corte norte-americana e provocou o dissenso entre os argumentos jurídicos esposados por dois de seus célebres componentes.

Por um lado, o *chief justice* Burger, ao relatar o seu voto, admitiu que a lei que protegia o animal era válida, ponderou que a interrupção da obra provocaria um desperdício de cerca de 100 milhões de dólares e concluiu que a sua *obrigação como juiz* era aplicar o direito e garantir a efetividade das leis *válidas* e, assim, suspender a obra. Por outro lado, o *justice* Powell divergiu, ainda que concordando com as premissas empíricas e com o conceito de *validade* jurídica empregado por Burger. Aceitou também que sua obrigação como magistrado era aplicar o direito (e não inventá-lo), mas defendeu uma *concepção* distinta de direito (*juridicidade* ou *legalidade*). Para ele, os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como a argumentação, em certo sentido, moral que eles invocavam também deveriam ser reconhecidos como fundamento do direito (*grounds of law*). Em face disso, argumentou e decidiu pela continuidade da construção da barragem.

Em *Justice in Robes* (2006), Dworkin apresenta um novo exemplo para mais uma vez enfatizar a natureza e a relevância dos desacordos teóricos²⁶. Nesse caso imaginário, a Sra. Sorensen é vítima dos efeitos colaterais provocados por um remédio para o coração (denominado Inventum) cujos produtores negligentemente não descobriram antes de o colocar à venda. Ela ingressou com uma ação indenizatória contra todos os fabricantes que colocaram o Inventum no mercado durante o período em que ela o consumiu, visto que não tinha como provar de qual deles comprara o medicamento. O seu pedido visava responsabilizar os fabricantes na mesma proporção de sua participação no mercado de vendas (*market share*).

Os advogados da empresa contestaram a ação, alegando que a querelante não fora capaz de provar a responsabilidade individual de cada empresa, razão pela qual não seria merecedora de qualquer indenização.

26 O caso é descrito em dois distintos artigos em *Justice in robes*: DWORKIN, Ronald. Law and morals. In: DWORKIN, 2006d, pp. 7-9; DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the character of political philosophy. In: DWORKIN, 2006b, pp. 140-186, pp. 143-145. Dworkin aponta que casos reais do direito norte-americano envolvem esse tipo de questão acerca da responsabilidade em função da fatia de mercado (*market share liability*); por exemplo, o caso *Sindell v. Abbott Labs.* 607 P2d, 924, 935-38 1980, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, e os casos lá citados.

Para Dworkin, “Ambos os lados fazem afirmações sobre o que esse direito é, não sobre o que ele deveria ser. Também não propõem que os juízes que ouvem os casos ignorem o direito e a regra a seu favor com base no fato de que é isto que a justiça requer”²⁷. Dessa forma, ele conclui que, “Se nós mesmos quisermos ter uma visão a respeito de qual das afirmações está certa (se é que alguma está), devemos nós mesmos decidir o que o direito na jurisdição do caso da Sra. Sorenson realmente é”²⁸. Isso evidenciaria a natureza teórica desse desacordo.

Ainda que se pudesse afirmar que a doutrina do direito oferece uma resposta a tal questão, poderíamos ainda encontrar teorias distintas sobre o que é o direito. Algumas poderiam afirmar que o direito corresponde àquilo que os tribunais decidiram no passado, nesse caso privilegiando a interpretação mais tradicional, favorável aos fabricantes do *Inventum*. Outras poderiam apelar à melhor formulação teórica do princípio da responsabilidade civil, ainda que porventura não explícita, totalmente reconhecida ou bem formalizada e teorizada pelos doutrinadores ou consagrada pelos tribunais. Nesse caso, o conflito não diria respeito apenas a teorias rivais sobre os fundamentos do direito, mas também a melhor forma para identificar esses fundamentos, o que envolve uma disputa metodológica.

Caso acolhêssemos o argumento de que os fundamentos do direito são exclusivamente sociais, tal como defendem convencionalistas como Hart, então seria forçoso concluir que a demanda da Sra. Sorensen deveria ser julgada improcedente. Afinal, conforme ressalta Dworkin, para Hart “a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, precedentes judiciais e costumes sociais) sem referência à moralidade, exceto onde o direito assim identificado tiver ele mesmo incorporado critérios morais para a identificação do direito”²⁹.

27 DWORKIN, 2006d, p. 8, tradução minha. No original: “Both sides make claims about what this law is, not what it ought to be. Neither proposes that the judges who hear the case ignore the law and rule in their favor on the grimed that that is what justice requires”. Ver também a versão traduzida: DWORKIN, 2010, p. 14.

28 *Id.*, 2006d, p. 8, tradução minha. No original: “If we ourselves are to have a view about which side’s claims (if either side’s) are right, we must ourselves decide what the law in Mrs. Sorenson’s jurisdiction actually is”. Ver também a versão traduzida: *Id.*, 2010, p. 14.

29 *Id.*, 2006b, p. 144, tradução minha. No original: “the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. Legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law”.

Por outro lado, caso acolhêssemos a ideia de que, ao lado dos fundamentos sociais, também a melhor interpretação do princípio moral da responsabilidade (com o seu possível valor de verdade dependente da existência da melhor *justificação* como o seu fundamento) deveria ser considerada fundamento do direito, poderíamos ser levados a concluir que a Sra. Sorensen tem direito à indenização nos termos em que a pleiteia. Por esse motivo, o juiz que não decidisse em seu favor estaria cometendo um *erro jurídico*. Para compreender o exemplo, não importa saber se ela teria ou não razão, mas apenas apontar para a circunstância e a condição de sentido da proposição jurídica que afirma ser verdadeiro que ela tem direito à indenização. Esses exemplos são úteis, pois revelam com muita clareza o tipo do argumento que está subjacente ao “*desafio dworkiniano*”. É importante destacar que bons exemplos como esses poderiam ser encontrados porquanto comuns em todas as jurisdições modernas, inclusive no Brasil³⁰.

Um caso de notável repercussão no Brasil que pode ser visto com um exemplo similar ao caso *TVA* é o julgamento do *habeas corpus* 82424-2, também conhecido como caso *Ellwanger*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Nele, em extrema síntese, se discutia se a publicação, pelo Sr. Ellwanger, de livros de conteúdo antissemita que violavam a lei de crimes raciais seria condição suficiente para a sua condenação, levando em consideração o princípio constitucional da liberdade de expressão. Para a maioria, prevaleceu o argumento baseado na tese de que o princípio da liberdade de expressão poderia ser limitado pela legislação penal. Alguns ministros aplicaram o princípio da proporcionalidade para qualificar o significado que se deveria conferir ao princípio da liberdade e chegaram a conclusões divergentes. Assim, por exemplo, o ministro Marco Aurélio afirmou que “à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário”. Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes Ferreira argumentou que “a liberdade de expressão não se afigura absoluta no nosso texto constitucional”, pois houve ressalvas, por exemplo, quanto à liberdade de informação, que deveria ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (art. 5º, inciso X). Em seu argumento, afirmou também que o pró-

30 Cf. LAFER, 2005, pp. 33-122.

prio significado do princípio moral deveria ser interpretado à luz de sua ligação com uma teia mais ampla de valores e princípios: “Da mesma forma, não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (Constituição Federal, F, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI)”. Por outro lado ainda, outras argumentações insistiram na tese das fontes sociais, afirmando que o fundamento do direito que governaria o sentido correto da decisão deveria ser a legislação válida (lei penal) e os princípios positivados pela ordem constitucional compreendidos convencionalmente.

Casos muito semelhantes ao *Sra. Sorensen* também têm sido apresentados para o Judiciário brasileiro envolvendo responsabilidade em função da fatia de mercado, por exemplo, na indústria do tabaco e no ramo de *fast food* em relação a, respectivamente, doenças pulmonares e obesidade³¹. O mais importante, entretanto, não é destacar a semelhança com o tipo de questão discutida, mas antes a natureza teórica dos desacordos envolvidos. Ademais, a questão teórica que eles, como casos exemplares, expõem com especial clareza e distinção, está presente com enorme frequência em inúmeros casos controvertidos em nossos tribunais. O que pode ocorrer, contudo, nessa vasta gama de casos, é que o ponto em destaque (os desacordos teóricos) talvez estejam mais encobertos ou mal sistematizados.

3. Um esquema conceitual provisório

Esses são exemplos paradigmáticos de desacordos teóricos. Neles o que está sendo discutido é o próprio conceito de direito que deve servir de condição de verdade para a proposição jurídica. O que está em discussão é a resposta que se deu à pergunta “o que é o direito?” e a teoria do direito

31 A mesma tese tratada no exemplo imaginário de Dworkin pode ser encontrada na Ação Civil Pública 583.00.2007.206840-1, ajuizada pelo Promotor de Justiça do Consumidor de São Paulo, João Lopes Guimarães Jr. no ano de 2007 na Vara Cível de São Paulo, ainda não julgada pelo TJSP. Nela se discute a responsabilidade global proporcional das empresas de tabaco Phillip Morris e Souza Cruz, conforme respectivas parcelas do mercado de vendas, por danos causados a consumidores e ao Estado em face do prejuízo sofrido pelo Sistema Único de Saúde com gastos com pacientes cujo problema de saúde foi provocado ou agravado pelo consumo de cigarro.

que responde a essa pergunta. Por esses exemplos é possível perceber um sentido, dentre outros, pelo qual a teoria do direito possui, ao menos à primeira vista, uma relevância prática, mesmo quando os juízes não têm a consciência filosófica disso. Será mesmo? Façamos mais uma abstração neste momento.

A crítica de Dworkin ao convencionalismo é dependente de diversas categorias que foram desenvolvidas no seio da filosofia da lógica e da filosofia da linguagem contemporânea. Basta pensar em sua análise sobre o funcionamento da linguagem da moral, o conceito de bipolaridade, a crítica ao representacionismo³², a concepção verificacionista do conhecimento (admitido por parcela do positivismo lógico), bem como na ideia de análise da gramática lógica da linguagem, tema que está pressuposto em toda a filosofia da linguagem e foi trazido para o seio da filosofia do direito pioneiramente pelas mãos de Hart. Antes de analisar com mais detalhe o significado dessas categorias para a teoria do direito, me parece oportuno apresentar um esquema conceitual provisório que poderá auxiliar o leitor na compreensão dos argumentos centrais deste trabalho.

Muitos teóricos comparam o direito com um sistema de regras convencionais de coordenação da vida social, tal como a língua com a qual nos comunicamos. A língua portuguesa foi constituída pelas práticas sociais que fixaram determinados vocábulos e regras para designar objetos, ideias e vontades. O que constitui as regras de uma língua, portanto, é o conjunto das regras convencionais que informam quais são os usos adequados da fala “dentro dessa língua”.

A gramática da língua portuguesa estabelece as regras que determinam qual é a forma correta de falar português. Assim, podemos dizer que, na proposição “é verdadeiro que, segundo a língua portuguesa, não é autorizado dizer ‘*eu vamos estudar direito amanhã*’”, a condição de verdade é dada pela existência de uma regra social, uma convenção linguística, que fixa a regra que permite avaliar essa sentença como incorreta. É interessante notar que não é preciso anuir a ou concordar com essa regra para, *de uma perspectiva externa*, reconhecer que a expressão está incorreta, segundo a língua portuguesa. Basta saber que é incorreto, basta conhecer as convenções da língua portuguesa.

32 Sobre a ideia de verdade como correspondência e o papel da linguagem, ver, dentre outros, HACKING, 1999.

A comparação do direito às convenções que definem uma língua permite a alguns teóricos afirmar que as condições de verdade das proposições jurídicas funcionam de modo semelhante às proposições dessa língua. O que permitiria dizer qual é o valor de verdade de uma proposição jurídica seria a existência de uma *fonte social*, uma convenção, como o seu fundamento. No caso do direito, uma *regra de reconhecimento* funcionaria como critério que permite reconhecer o que é uma *regra jurídica*. Nesse sentido, podemos afirmar que viola o direito brasileiro trafegar a 300 km/h porque existe uma regra válida fundamentada, em última instância, numa regra convencional de reconhecimento. Ela seria o critério para a verificação da verdade da proposição.

Essa estratégia explicativa permitiria também dizer que, ao afirmar que inexistente um direito a trafegar a 300 km/h no Brasil, estou formulando uma proposição cuja condição de verdade depende exclusivamente da existência de um *estado de coisas* no mundo, isto é, de uma convenção social fundadora. O meu juízo proposicional pode, então, ser neutro e puramente descritivo. Igual raciocínio me permitiria dizer que o que faz com que seja incorreto afirmar “*eu vamos estudar direito*” é a existência de um outro *estado de coisas* no mundo, a saber, uma convenção da língua portuguesa. Dworkin denomina esse tipo de concepção da condição de verdade invocado nesses exemplos de *concepção puramente factual (plain fact)*³³.

Uma variante dessa concepção de convenção social poderia ser pensada por meio do exemplo de um jogo de xadrez, também muito invocado pelos teóricos do direito³⁴. Poderíamos imaginar que o xadrez não é uma convenção que surge diretamente para resolver problemas de coordenação e cooperação numa sociedade, mas simplesmente uma *convenção constitutiva*, que constitui uma prática anteriormente inexistente.

Assim, poderíamos também imaginar que o que torna verdadeira a proposição “no xadrez não podemos mover o cavalo na diagonal” é o fato de que existe uma convenção que constituiu o xadrez e fixou regras que não permitem esse tipo de movimento. Nesse caso, mais uma vez, poderíamos dizer que não precisamos aprovar ou endossar as regras do xadrez para sabermos descrever os movimentos corretos e autorizados para esse jogo.

33 DWORKIN, 1986, pp. 6-11.

34 MACEDO JUNIOR, 2013, p. 328, p. 91 *et seq.*

Aparentemente esse modelo apresenta um grande potencial explicativo e permite que nos mantenhamos dentro de uma consolidada tradição epistemológica que afirma que uma ciência descritiva do direito não precisa nem deve ser *avaliativa num sentido moral*. Isto é, para fazer uma teoria descritiva do direito não é necessário avaliar moralmente o direito³⁵. De maneira análoga, para descrever a língua portuguesa não é necessário julgá-la como bela ou feia.

Mas agora pensemos num novo exemplo. Dois juristas brasileiros podem discordar sobre o valor de verdade da seguinte proposição: “os gays têm direito ao casamento, segundo o direito brasileiro”. Alguns poderão afirmar que ela é falsa, pois o casamento é, por convenção, uma relação *more uxorio* entre pessoas de sexos diferentes. Para embasar tal entendimento, bastaria observar as práticas pretéritas de identificação do que é um casamento para concluir que essa é uma instituição heterossexual. Contudo, se esse fosse o significado de casamento em disputa nos tribunais de diversas jurisdições internacionais nos dias de hoje, seria difícil até mesmo compreender como seria possível ou inteligível essa disputa. Afinal, o objeto mesmo do desacordo se refere ao conceito de casamento. Ele é o centro do desacordo justamente em face de seu caráter valorativo e não puramente convencional. No âmbito das disputas judiciais, o conceito de casamento é um conceito interpretativo, e não um conceito convencional.

Podemos imaginar que, da mesma forma como nos casos *TVA* e *Sorensen* antes mencionados, o desacordo entre os que defendem que os gays têm direito ao casamento seja também teórico. Isso porque um deles pode entender que o fundamento do direito é fixado por *convenções sociais*, sejam elas do tipo da língua portuguesa, sejam do tipo do xadrez, ao passo que o outro pode entender que o fundamento do direito depende de sua *correção moral*. Que tipo de desacordo teríamos nesse segundo caso?

O desacordo certamente seria teórico, porquanto envolve uma disputa sobre os fundamentos do direito, e confrontaria teorias distintas sobre o que é o direito. Ele seria também uma disputa entre *dois tipos de teoria*. Uma das teorias teria como condição de verdade para suas proposições a existência de um certo *estado de coisas* no mundo (convencionalistas), ao

35 Um balanço do debate contemporâneo recente sobre esse tema é apresentado por DICKSON, 2001, p. 104. Dickson denomina de *diretamente avaliativa* o que aqui chamei de *avaliativa num sentido moral*. Examinei com detalhe o assunto em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 130 *et seq.*

passo que outra dependeria de uma *teoria da correção moral*. Mas a correção moral não poderia também ser compreendida segundo padrões convencionalistas? Em teoria, sim, poderia³⁶. Mas seria necessário que o fosse? E, mais do que isso, seria essa possível compreensão convencionalista da correção moral o caso predominante nos desacordos teóricos jurídicos cotidianos em nossos tribunais?

Imaginemos agora um “xadrez argumentativo” cujas regras fossem ligeiramente distintas das do xadrez praticado pelos enxadristas em campeonatos oficiais e regulado pela Federação Internacional de Xadrez (*Fédération Internationale des Échecs* — FIDE). A circunstância dessa modalidade de jogo nos é algo familiar especialmente em contextos domésticos. As regras básicas desse “xadrez argumentativo” são muito semelhantes àquelas do xadrez praticado nos campeonatos. Há um tabuleiro quadriculado, peças que se movimentam da mesma forma, etc.³⁷. No *xadrez argumentativo* uma diferença sobressai: a determinação do significado das regras depende de práticas argumentativas realizadas pelos jogadores e por suas torcidas. Além disso, as regras desse jogo devem visar atingir o seu propósito central de garantir um “jogo justo”. Imaginemos que um adolescente de 17 anos e com nível mais alto de proficiência enxadrística joga com um garotinho de 10 anos com pequena experiência e nível mais baixo de proficiência nessa modalidade extraordinária de “xadrez”. Os jogadores decidem realizar uma série de 20 partidas sob o olhar atento e participativo de familiares,

36 Nesse caso, poderíamos imaginar uma teoria historicista ou que compreende que o padrão do que é correto moralmente depende do que é aceito como dominante num determinado período ou acolhido pela “comunidade dos intérpretes” (para usar uma expressão de Stanley Fish) como correto, tal como acolhemos nossos critérios de uso correto da língua portuguesa.

37 Não importa aqui saber se ainda seria um jogo de xadrez. Com certeza, apesar de manter com o jogo de “xadrez da FIDE” muitas semelhanças, dele diferiria nesse caráter argumentativo. Hart se pergunta se um navio com asas ainda seria um navio e observa que: “Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um ‘navio’? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a reflectir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita”. HART, 1994, pp. 8-9. No exemplo aqui discutido, é certo que o xadrez argumentativo seguiria uma gramática distinta daquela do xadrez da FIDE. De forma semelhante Hart faz a sua análise comparativa entre “o jogo da discricionariedade do marcador” e “um jogo normal”. *Ibid.*, pp. 153-156.

amigos e torcidas. Nesse jogo fica também estabelecido que, levando em consideração a diferença de idade e de habilidade dos jogadores, algum tipo de “compensação” nas regras deve ser proposto de modo a garantir um *match justo*.

Podemos imaginar que nas primeiras partidas o adulto começa a jogar em desvantagem, sem suas torres e um bispo, para proporcionar um *equilíbrio lúdico* na atividade. Imaginemos também que o jogo transcorra sem grandes discordâncias até o final da quinta partida, terminada com a quarta vitória consecutiva do garotinho. Nesse momento um primeiro desacordo aparece entre os jogadores e as torcidas que os apoiam a respeito das regras que devem comandar a continuidade do jogo. A torcida do adolescente insiste que o respeito às regras daquele jogo impõe uma alteração dos critérios de compensação até então utilizados, reduzindo-se a vantagem em seu desfavor, de modo a respeitar o princípio geral de *equilíbrio lúdico* que norteou o início do *match*. Eles *argumentam* que a regra daquele jogo de xadrez exige que seja reduzida a vantagem na medida em que aumenta a habilidade enxadrística do garoto mais jovem. Eles afirmam que essa é a melhor forma de compreender a regra que regula aquele tipo de jogo.

Nesse *xadrez argumentativo*, os partidários do garotinho não silenciam; argumentam que a correta compreensão da regra do jogo exige que as compensações sejam mantidas por mais tempo e que as vitórias sucessivas foram devidas ao especial talento enxadrístico do garoto, e não a uma compensação “excessiva” que o favoreceria. Para uns, o equilíbrio deve levar em consideração o critério de igualdade na experiência de jogo, ao passo que, para outros, o que deve ser considerado é o equilíbrio real nos resultados positivos obtidos pelos jogadores. De um lado, se afirma que a prova do equilíbrio é dada pelo número de vitórias e, de outro, se afirma que a virtude enxadrística do garoto mais jovem não deve ser cancelada, de modo a garantir a igualdade de resultados, pois isso ofenderia o princípio lúdico básico de que “o melhor deve vencer”.

Imaginemos que os argumentos se sofisticem e justificativas fundadas nas práticas competitivas compartilhadas por aquela família sejam recuperadas e interpretadas. Suponhamos que os dois lados concordem que a regra do *match* enxadrístico deve ser justa, discordando apenas quando à *concepção* que melhor representaria a “justiça”. O que poderia tornar *verdadeiro* o argumento defendido pelo adolescente e sua torcida de que a retirada de três de suas peças viola as regras do *xadrez argumentativo*?

É certo que poderíamos compreender que tudo não passa de uma brincadeira na qual a própria prática de discutir deveria ser entendida como mera retórica lúdica. Mas isso seria alterar o exemplo num de seus traços essenciais. Nele devemos presumir que o desacordo é genuíno e que os jogadores e suas torcidas conseguem compreender o sentido do que dizem seus oponentes sem, contudo, com eles concordar. Qual poderia ser o sentido de uma argumentação que faz apelo à *justiça* como fundamento da normatividade do jogo?

Aqui é importante fazer uma observação sobre o sentido da *linguagem da moral*³⁸. Quando usamos a *linguagem moral*, podemos estar fazendo coisas distintas. Podemos estar sendo apenas *enfáticos*, podemos estar nos *referindo a uma moral convencional* ou podemos estar *fazendo um uso normativo-prescritivo* da linguagem da moral. Pensemos em alguns exemplos banais.

Imagine alguém que se vangloria de ser um grande apreciador de café e diga a seu amigo que acabara de adoçar um café expresso: “é absolutamente *errado* e inaceitável colocar açúcar no café!”. Em situações normais compreenderíamos tal afirmação como uma expressão de *ênfase* na expressão do gosto pessoal por tomar café “puro”. Apesar da roupagem moral da expressão, ela deveria ser compreendida como uma mera manifestação de uma preferência personalíssima. Caso o autor da expressão insistisse, sem intenções irônicas, que é, de fato, objetivamente errado e inaceitável (moralmente) tomar café com açúcar, começaríamos a duvidar de sua sanidade. Isso porque não imaginamos haver objetividade (ou ao menos o *mesmo tipo de objetividade*) na preferência por um paladar para tomar café.

Existe ainda outra possibilidade. O autor da expressão poderia estar se referindo a um critério convencionalmente acolhido entre os “*gourmets* do café” sobre a melhor forma de consumir café. Nesse caso, a condição de verdade de sua expressão estaria referida a um *fato convencional do mundo*, isto é, a um certo acordo entre os especialistas sobre a melhor forma de tomar café. Essa *comunidade dos intérpretes* do café fixaria a forma correta do consumo dessa bebida³⁹. Situações muito semelhantes a essa são comuns nas comunidades de enólogos, que costumam estabelecer critérios convencionais que servem para aquilatar a qualidade de um vinho. Um exemplo

38 No que segue utilizo o conceito de linguagem da moral apresentado por R. M. Hare, ainda que não necessariamente acolhendo suas conclusões sobre qual é a sua gramática. HARE, 1991.

39 O argumento que aqui apresento de forma caricatural é apresentado por FISH, 1983, pp. 271-286.

disso é o famoso *ranking* de qualidade de vinhos elaborado pelo famoso enólogo Robert Parker, que hoje desperta seguidores em todo o mundo⁴⁰. Poderíamos talvez até imaginar que para um grupo determinado o valor do vinho poderia assumir uma dimensão *sagrada* e religiosa. Isso certamente é possível, ainda que improvável, mas também alteraria *essencialmente* o exemplo que estou analisando.

Imaginemos agora que uma pessoa diga a outra: “é errada a prática da escravidão!”. Como poderíamos interpretar essa proposição? Uma primeira possibilidade, talvez a menos provável no seu uso comum, seria a de que essa pessoa estaria, tal como na observação sobre o café adoçado, expressando uma preferência. Ela estaria sendo enfática ao dizer que “não gosta de escravidão”, assim como “também não gosta de café adoçado”. Isso certamente é possível.

Outra possibilidade seria essa pessoa estar se referindo ao fato de que a escravidão é considerada errada pela *moral convencional* dominante no país e na época em que vive. Nesse caso, para que sua proposição fosse verdadeira, bastaria existir esse fato convencional no mundo no qual ela foi dita. Cabe notar também que, se aceitos esses critérios de verdade para a proposição, seria possível também afirmar que ela não seria verdadeira se dita num contexto no qual a moral convencional não considerasse a escravidão imoral e errada. Nessa linha, alguém poderia dizer que a escravidão é errada e inaceitável hoje, porém era aceitável e correta, e estava de acordo com os critérios de correção moral prevalentes na Roma Antiga.

Há ainda uma terceira alternativa, segundo a qual o sentido da proposição não teria o seu valor de verdade garantido pela existência de uma convenção, mas antes por estar *justificada pelas melhores razões*. Nesse caso, a proposição teria a pretensão de ser verdadeira ainda que não houvesse uma moral convencional que a apoiasse. Ela se pretenderia verdadeira ainda que estivesse em desacordo com a moral convencional. Nesse caso, a proposição pretenderia afirmar que a escravidão era errada e inaceitável também na Roma Antiga, ainda que naquela época a moral convencional a aprovasse. Esse tipo de uso da linguagem moral tem um manifesto caráter normativo prescritivo. Ela requer, como condição de sentido e inteligibilidade, que sejamos capazes de compartilhar as razões que poderiam tor-

40 Cf. a publicação Wine Advocate. Disponível em: <<https://www.erobertparker.com/entrance.aspx>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

ná-la verdadeira⁴¹. Para que ela faça sentido não é necessário que com ela concordemos. Contudo, é necessário que sejamos capazes de compartilhar dos critérios que produzem o seu valor de verdade.

Explicar o sentido pressupõe, assim, compreender as condições de verdade das práticas discursivas que a caracterizam e constituem. Afinal, para descrever o que se quer dizer ao afirmar que “a escravidão é errada” não é preciso indicar quais são as condições de sentido dessa proposição? O que a tornaria dotada de sentido para que não fosse interpretada como um mero *nonsense*, uma proposição feita pelo chapeleiro maluco de *Alice no país das Maravilhas*? Se quero compreender o que elas significam, preciso descrever as suas condições de verdade (e sentido), visto que pretendem afirmar a verdade.

Esse tipo de expressão da linguagem da moral exige que não nos coloquemos completamente fora de (externamente a) seus critérios de sentido e verdade. Para que possamos compreender o que alguém quer dizer quando afirma que a escravidão é inaceitável e errada, nesse sentido normativo, é necessário que ela esteja dentro do jogo de linguagem e do mundo no interior do qual ela é dita.

Se retomarmos agora o exemplo imaginário do *xadrez-argumentativo*, poderemos nos perguntar se seria possível descrever o sentido das práticas dos agentes de um ponto de vista completamente externo. Talvez fosse possível explicar a *ação de mover as peças* de um ponto de vista externo, sociológico, desde que fosse levado em conta também o sentido interno do agente que segue as regras do jogo. Ou seja, desde que se compreendesse que a sua ação levou em consideração as regras do jogo de xadrez. Contudo, seria possível assumir um ponto de vista externo semelhante ao descrever o sentido das práticas argumentativas em disputa? Mas, nesse caso, elas não constituem também o jogo? Quando imaginamos que os agentes se valem de argumentações cujo sentido é normativo prescritivo – como quando invocam conceitos de justiça, igualdade e “*fair play*” –, somente as podemos descrever se formos ao mesmo tempo capazes de expressar a sua condição de sentido e de verdade. Não é possível descrever esse *xadrez argumentativo* sem adotarmos uma posição de algum modo interna ao próprio jogo. Isto é, não é possível nos situarmos fora das próprias condições

41 DWORKIN, 1986, p. 83. “The practices of interpretation and morality give these claims all the meaning they need or could have.”

de sentido das argumentações e das justificações que ele envolve e que o caracterizam. Mesmo quando não jogamos diretamente o jogo, temos de compartilhar de um mundo (*forma de vida*), de um conjunto de práticas, como condição para entender esse mesmo jogo. Não podemos ser externos a ele se quisermos compreendê-lo.

Seria a linguagem da argumentação jurídica semelhante, em suas condições de sentido e verdade, a esse sentido normativo-prescritivo aqui apontado? Seria possível explicar as práticas argumentativas por meio de critérios convencionais de sentido e verdade? Seria o direito semelhante a uma língua, a um jogo de xadrez (regulado pela FIDE) ou a um “xadrez-argumentativo”? O leitor já deve ter percebido que as minhas convicções são críticas em relação às respostas oferecidas pelo convencionalismo jurídico a essas questões. Isto porque o convencionalismo não apresenta uma descrição correta da gramática de funcionamento de nossas práticas e nossa linguagem nestes tipos de desacordos que envolvem desacordos teóricos e acerca do funcionamento da própria linguagem destas práticas.

O convencionalismo jurídico se apresenta como uma importante vertente do pensamento teórico jurídico contemporâneo. A sua relevância se encontra tanto no seu potencial explicativo como nas consequências que traz para a própria prática jurídica, não apenas dos juristas afeitos à filosofia, mas a todos eles, na medida em que compartilham de muitos de seus pressupostos mesmo quando não gozam da consciência disso.

Acredito que o desafio dworkiniano não foi convincentemente atendido pelas respostas convencionalistas dadas a ele. Isto se deve em parte a não compreensão da natureza da objeção gramatical que ele dirigiu ao convencionalismo. Evidentemente uma análise mais aprofundada é necessária para justificar esta conclusão. Algumas versões sofisticadas do convencionalismo jurídico procuraram responder ao desafio dworkiniano. Andrei Marmor, Scott Shapiro, dentre outros, gastaram muita energia e talento intelectual para enfrentar estas difíceis questões teóricas. Uma parte das soluções caminhou na direção da formulação de uma teoria das convenções baseada nas ações cooperativas compartilhadas, inspirada nos trabalhos de David Lewis e Michael Bratman⁴². Outra numa releitura da leitura

42 LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969 e BRATMAN, Michael E. Shared cooperative activity. In: *Philosophical Review*, Ithaca, NY, v. 101, n. 2, pp. 327-341, 1992.

do convencionalismo formulada pelo segundo Wittgenstein. Examina-las foge dos limites e escopo do presente artigo. A minha intenção neste texto introdutório foi apenas oferecer uma visão esquemática das principais questões e desafios metodológicos que devem ser enfrentados por aqueles que querem enfrentar e responder as críticas de Dworkin. Apesar de seu possível sucesso, resta claro que o desafio posto por este grande autor impôs uma nova agenda para o debate jurídico contemporâneo. A grandeza de um autor não é medida exclusivamente pela correção de suas ideias, mas também pela capacidade de suas ideias nos auxiliarem a tomar consciência das novas questões e problemas. O impacto de Dworkin na teoria do direito contemporânea é exemplar de ambas dimensões de grandeza.

Referências Bibliográficas

- ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth (Eds.). *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ARISTÓTELES. De interpretatione. In: AGIONI, L. (Org.). *Ontologia e predicação em Aristóteles*. Tradução de L. Agioni. Campinas: Unicamp, 2000.
- BRATMAN, Michael E. Shared cooperative activity. *Philosophical Review*, Ithaca, NY, v. 101, n. 2, pp. 327-341, 1992.
- BEN-MENAHÉM, Yemima. *Conventionalism: from Poincaré to Quine*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- _____. Explanation and description: Wittgenstein on convention. *Synthese*, New York, v. 115, n. 1, pp. 99-130, 1998.
- COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, 2001a.
- _____. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University, 2001b.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart, 2001.
- _____. Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 3, pp. 373-402, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.
- _____. Is there really no right answer in hard cases? *University of New York Law Review*, New York, v. 53, pp. 1-32, 1978.

- _____. On interpretation and objectivity. In: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Law's empire*. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986.
- _____. Indeterminacy and law. In: GUEST, Stephen; FREEMAN, Michael (Orgs.). *Positivism today*. Dartmouth: Dartmouth, pp. 1-11 (Issues in Law and Society Series), 1996.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Darwin's new bulldog. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006a.
- _____. Hart's postscript and the character of political philosophy. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006b.
- _____. In praise of theory. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006c.
- _____. Law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006d.
- _____. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Fernando Santos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FISH, Stanley. Working on the chain gang: interpretation in the law and in literary criticism. In: MITCHELL, W. J. Thomas (Ed.). *The politics of interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, pp. 271-286, 1983.
- FISS, Owen M. Objectivity and interpretation. *Faculty Scholarship Series*, paper 1217, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1217>. Acesso em: 6 set. 2012.
- _____. Conventionalism. *Faculty Scholarship Series*, paper 1214, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1214>. Acesso em: 3 set. 2012.
- GOODMAN, Nelson. Just the facts, ma'am!. In: KRAUSZ, Michael (Ed.). *Relativism: interpretation and confrontation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, pp. 80-85, 1989.
- GREEN, Leslie. Positivism and conventionalism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 12, pp. 35-52, 1999.
- GREENBERG, Mark. How facts make law. In: HERSHOVITZ, Scott. *Ex-*

- ploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, pp. 225-264, 2006.
- HACKING, Ian. *Por que a linguagem interessa à filosofia*. São Paulo: Edusp, 1999.
- HARE, R. M. *The language of morals*. Oxford, USA: Oxford University Press, 1991.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- HETCHER, Steven A. *Norms in a wired world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KELLEY, Patrick J. Who decides?: community safety conventions at the heart of tort liability. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, USA, v. 38, pp. 315-390, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como prática de racismo. In: LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.
- LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: PÁDUA LIMA, Maria Lucia (Org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, pp. 260-281. v. 1, 2012.
- _____. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARMOR, Andrei. How law is like chess. *Legal Theory*, Oxford, v. 12, pp. 347-371, 2006.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NARVÁEZ, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho: una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- PLATÃO. O sofista. In: PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- POSNER, Richard. A reply to some recent criticisms of the efficiency the-

- ory of the common law. *Hofstra Law Review*, Hempstead, USA, v. 9, pp. 775-794, 1980-1981.
- _____. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. *Arizona State Law Journal*, Tempe, USA, v. 29, p. 377-388, 1997.
- _____. Pragmatic adjudication. *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, pp. 1-20, 1996-1997.
- _____. Against constitutional theory. *New York University Law Review*, New York, v. 73, pp. 1-22, Apr. 1998a.
- _____. The problematics of moral and legal theory. *Harvard Law Review*, Cambridge, USA, v. 111, pp. 1637-1716, 1998b.
- _____. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2005.
- POSTEMA, Gerald. Conformity, custom, and congruence: rethinking the efficacy of law. In: KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBORN, Ben; HATZISTAVROU, Antony. *The legacy of Hart*. Oxford: Oxford University Press. 2008.
- _____. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. New York: Springer, 2011a. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 11).
- _____. Philosophy of the common law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011b.
- RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Clarendon, 1979.
- _____. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*, Oxford, v. 4, n. 3, pp. 249-282, 1998.
- RESCORLA, Michael. Convention. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Spring, 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/convention/>>. Acesso em: 7 jul. 2013.
- SANTOS, L. H. L. A essência da proposição e a essência do mundo. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1993.
- SANTOS, L. H. L. A harmonia essencial. In: NOVAES, A. (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SHAPIRO, Scott. On Hart's way out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- _____. The Hart Dworkin debate: a short guide for the perplexed. *University of Michigan Public Law*, Working Paper n. 77, Feb. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 20 ago. 2012. Republicado em HERSHOVITZ, Scott (Ed.). *Exploring "Law's empire": the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2006.
- _____. *Legality*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011.
- SEBOK, Anthony J. Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition. *Southern Methodist University Law Review*, Dallas, v. 52, pp. 75-110, Winter 1999.
- TRAKMAN, Leon E. The law merchant: the evolution of commercial law. Littleton, USA: Fred B. Rothman, 1983, *apud* POSTEMA, Gerald, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, 2011a.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ZIPURSKY, Benjamin. Pragmatism, positivism, and the conventionalistic fallacy. In: CAMPBELL, J. Keim; O'ROURKE, M.; SHIER, D. (Eds.). *Law and social justice*. Cambridge: MIT Press, pp. 285-310, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=604584>>. Acesso em: 13 ago. 2013.
- _____. The model of social facts. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, pp. 219-270, 2001.

Casos citados:

- Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 1889
Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 US 153 1978.32
Sindell v. Abbott Labs. 607 P2d, 924, 935-38 1980
Ação Civil Pública 583.00.2007.206840-1

Recebido em 5 de novembro de 2015

Aprovado em 16 de dezembro de 2015

Pure Retributivism and the Problem of Psychopathy: A Preliminary Investigation*

Retributivismo Puro e o Problema da Psicopatia: Uma Investigação Preliminar

Thomas Nadelhoffer
College of Charleston, Charleston – SC, USA

All too often these different ways of writing about punishment are treated as if they are separate disciplines which can proceed independently of one another. The result is that philosophical discussions are often far removed from the realities of penal practice, while penology and the sociology of punishment are frequently crude or evasive in their handling of complex normative issues...Philosophies of punishment must therefore be assessed not merely as they appear on the page, but as they are (or could practicably be) realized in specific practices. Pragmatic penology must be subjected to close moral and political scrutiny as well as to rigorous empirical testing. And sociologies of punishment must remember that what they are trying to describe, analyze, and explain is itself a normative practice which must be understood accordingly.

--R.A. Duff & D. Garland (1, 1994)

* I presented earlier versions of this paper at the following institutions and conferences: The Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brazil), and The Southern Society for the Philosophy and Psychology (Charleston, SC), Ohio State University (Columbus, OH), Florida State University (Tallahassee, FL), The University of San Francisco (San Francisco, CA), and The Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Brazil). I would like to thank the audience members for their helpful suggestions—many of which have been incorporated into the final draft.

1. Introduction

The construct of psychopathy has a long and contentious history. The term “psychopathic inferiority” was first coined by German psychiatrist J.L. Koch in 1891 to refer to individuals who had previously been diagnosed with “moral insanity”¹ or “madness without delirium”². From the beginning, “psychopath” was a fairly vague blanket term used to label an otherwise heterogeneous group of individuals who happened to share a proneness to violence and other forms of immoral behavior. Consequently, while some researchers have treated psychopathy as a *clinical construct*³, others have suggested that it is really a *moral judgment of character* rather than a medical diagnosis⁴. Given the uncertainties and controversies that have traditionally surrounded the construct of psychopathy even amongst clinicians themselves⁵, it is perhaps unsurprising that there is a long-standing debate concerning whether individuals with psychopathy are “mad or bad”—i.e., whether these individuals are mentally ill rather than merely immoral⁶. But there is gathering data from social psychology, cognitive neuroscience, and genetics which suggest that psychopaths appear to be mad after all—indeed, it turns out that badness is an integral part of their particular form of madness⁷. These findings raise multiple complex issues—one of which is how psychopaths ought to be treated from the dual standpoints of legal philosophy and public policy.

In this paper, I briefly explore the relevance of the gathering data on psychopathy to but one of several versions of retributivism about punishment – which I will be calling “pure retributivism” – whereby punishing wrong-doers and giving them their just deserts is inherently or intrinsically valuable. My goal here is intended to be an exercise in the type of

1 PRICHARD, 1835.

2 PINEL, 1801.

3 CLECKLEY 1941; HARE 1991.

4 KARPMAN 1948; KERNBERG 1975.

5 See ANDRADE, 2008 for a detailed account of the history of the construct of psychopathy.

6 See, e.g., DEIGH, 1995; DUFF, 2010; FINE; KENNETT, 2004; GILLETT, 2010; GLANNON, 1997; GREENSPAN, 2003; HAJI, 2003; LEVY, 2007a; *Id.*, 2007b; LITTON (forthcoming); MAIBOM, 2005; *Id.*, 2010; MORSE, 2008; *Id.*, 2010; NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013; WARD, 2010.

7 For a recent discussion of the status of psychopathy as a mental illness (and the legal relevance of this status when it comes to the insanity defense) see NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013.

interdisciplinary work described by Duff and Garland in the quote above. I am not trying to construct an argument against retributivism. Retributivism is an imposing theoretical foe that takes many shapes and forms⁸. Moreover, a type of pre-theoretical “folk retributivism” that is very much like pure retributivism seems to be embedded in common sense morality⁹—which makes pure retributivism relevant also from the standpoint of public policy. Of course, the fact that there is a pure retributive streak when it comes people’s ordinary beliefs, attitudes, and behaviors about punishment doesn’t make it the right approach to punishment, theoretically speaking. But it does mean that folk retributivism must be taken very seriously indeed if one is interested in public policy and not just philosophical theory.

As such, I have much more modest ambitions in the pages to follow—namely, to show that the problem of psychopathy is relevant to moral and legal philosophy. The particular target of my present investigation happens to be pure retributivism—which makes for a good starting point precisely because lots of people have strongly retributivist intuitions, beliefs, and attitudes that are in line with pure retributivism. But the target of the investigation could just as easily have been some alternative theory of punishment instead—such as the different versions of consequentialist approaches to punishment (which focus on deterrence, prevention, rehabilitation, etc.). While discussions of these latter approaches to punishment will spring up along the way in the present paper, they will not be the focus of my investigation. My focus instead will be on how pure retributivists might respond to the gathering data on repeatedly violent individuals such as psychopaths¹⁰. Applying these findings to alternative theories of punishment (including different versions of retributivism) is a task for another day.

8 See COTTINGHAM, 1979 for a thorough (but somewhat dated) discussion of the multiple kinds of retributivist arguments that have been forward in the philosophical literature.

9 This is place where the philosophical and empirical literature on people’s beliefs about punishment largely agree. See NADELHOFFER *et al.*, 2013; *Id.*, 2014.

10 If one doesn’t share some of the methodological or meta-philosophical views I am working with here, then the rest of what I say will likely be unconvincing. But defending these views would take me too far afield. See NADELHOFFER; NAHMIAS, 2007 and KAUPINNEN, 2007 for earlier discussions of some of these background issues. See Nadelhoffer, Wright, Goya Tocchetto, & McGuire (forthcoming) for a more recent account of some of the assumptions that I am operating with in the present paper—for instance, that good philosophy should be applicable at the level of public policy. Moreover, the applied nature of this work requires one to be more empirically-minded, or so I’ve argued elsewhere (and will be assuming here).

For present purposes, my primary methodological goal is to show that the problem of psychopathy both can and should be used as a test case for philosophers who are interested in building bridges between theories of punishment and public policy. After all, individuals with psychopathy regularly find themselves caught up in the legal system—whether they’re being imprisoned (and later released), imprisoned for life, or even executed. It for this very reason that the problem of psychopathy is important when it comes to the philosophy of punishment. This is not a mere thought experiment of the kind that often intrigues and beguiles philosophers—this is the reality that we are already collectively facing as a society in our fraught efforts to protect ourselves from danger while at the same time being sensitive to the dictates of justice when it comes to how we respond to mentally ill yet potentially very dangerous people. Psychopaths are not philosophical abstractions dreamt up in the arm chair, they are out in the world sowing the seeds of their deception and violence.

In this sense, the problem of psychopathy is a problem that is already at our door step (literally and figuratively). It impacts people’s lives for the worst every day around the world. The over-arching question is: How ought we to respond to psychopathic offenders? Figuring this out is a broad interdisciplinary project with many moving parts. My present goal in this paper is to modestly contribute to this larger undertaking by exploring some possible responses pure retributivists might have to the gathering empirical data on psychopaths. In addressing this issue, I will first briefly examine the strides researchers have recently made in understanding the nature of psychopathy, paying particular attention to work on the neural and genetic components of the disorder (§1). Then, I will survey several ways that a pure retributivist might respond to this data (including giving up on pure retributivism altogether and adopting instead a mixed theory of punishment that incorporates both forward-looking and backward-looking elements). (§2). As we will see, the retributivist has a fairly limited range of options in this context—namely, (a) deny that psychopathy is a mental illness, (b) concede that it is a mental illness but deny that it should count as a mitigating condition, (c) concede that psychopathy is a mitigating condition and bite the bullet when it comes to punishing the most dangerous offenders less harshly than their non-psychopathic counterparts, (d) give up on pure retributivism and opt for a mixed theory of punishment, or (e) concede that psychopathy is completely exculpating

such that psychopaths are apt targets for civil commitment rather than punishment¹¹. Each of these approaches has problems of its own.

While I do believe that the problem of psychopathy poses some unique (and difficult) problems for retributivism (see below for details), I don't pretend to have shown that the problem of psychopathy is either theoretically or practically intractable for the pure retributivist. As I have already said, what follows in the coming pages is merely a preliminary investigation of the various ways retributivists might respond to what we're learning about the nature of psychopathy. Much more would need to be done at the cross-roads of philosophy, psychiatry, neuroscience, genetics, and the law before we would be able to pass any final judgments on a view as widespread and deeply entrenched as pure retributivism (and its cousin folk retributivism).

However, even though my focus in this paper is admittedly rather narrow in its scope, this type of work is philosophically probative for two reasons: (a) pure retributivism is a widespread belief both inside and outside of philosophy¹² that is correctly taken by many philosophers to be the commonsensical and intuitive view about punishment¹³, and (b) there are psychopaths amongst us, doing real damage and harming innocent people. As such, figuring out how we ought to respond to psychopaths is not just an abstract theoretical issue. It is a problem that must be (and already is being) addressed by society at large—which means it represents a nice opportunity for philosophers of punishment to rethink the practical applicability of their views¹⁴. By looking at pure retributivism through the lens of the problem of psychopathy, we can examine how one prominent theory of punishment might play out in the real world. This is an undertaking that highlights the tightknit relationship not only between the philosophy of punishment, practical penology, and the sociology of punishment—but also between these fields and recent work in neuroscience and genetics.

11 While this last strategy is attractive at first glance, it, too, has some difficulties—e.g., the pure retributivist needs to figure out where to place the proverbial measuring stick for moral and legal responsibility. The trick is to place the bar for desert low enough to include the psychopath while at the same time insuring the standard is high enough to exclude children and adults with serious physical impairments or mental disorders.

12 See, e.g., NADELHOFFER *et al.*, 2013; *Id.*, 2014.

13 See, e.g., MOORE, 1997.

14 For a great overview of issues that arise when it comes to the relationship between philosophy and public policy, see WOLFF, 2011.

2. The nature of psychopathy

Psychopathy is an especially interesting construct for several reasons: First, it is a developmental disorder with an early onset that often leads to persistent antisocial behavior. Second, individuals with psychopathy are notoriously domineering, exploitative of others, and deficient (or entirely lacking) in emotions such as guilt, remorse, and empathy¹⁵. As such, they are stunningly hyper-aggressive, predatory, and recidivistic. Despite the fact that only 1% or less of the population is thought to be afflicted with psychopathy, some estimates suggest that psychopaths could nevertheless be responsible for as much as 30%-50% of all violent crime¹⁶.

In an effort to highlight the magnitude of the problem of psychopathy (just in the United States alone), Kent Kiehl frames the issue in the following way:

According to the 2011 US Census, there were approximately 68,873,400 adult males (ages 18-50) in the United States. If 1 in 150 men meets criteria for psychopathy there are 459,156 male psychopaths in the United States. The US Department of Justice reports that there are 2,266,832 inmates in the US jail and prison systems, or about 1,772,073 males ages 18-50 after subtracting females, juveniles, and men over 50. Assuming 20 percent of these inmates meets the criteria for psychopathy, then approximately 354,414 psychopaths are incarcerated or 77 percent of psychopaths in the United States are in prison¹⁷.

Given how disproportionately violent psychopaths are, these numbers are sobering. At a minimum, they highlight the costs that psychopaths pose to society (both inside and outside the criminal justice system). It is therefore unsurprising that psychopathy has recently attracted a lot of attention by researchers interested in mental illness, violence, and the law.

In an effort to better identify psychopathic individuals, Robert Hare—a pioneer in the field of psychopathy research—developed the most widely used diagnostic tool for psychopathy, namely, the Psychopathy Check-

15 See, e.g., HARE, 1991.

16 See, e.g., HARE; JUTAI, 1983; HARE; MCPHERSON, 1984.

17 KIEHL, 2014, p. 275.

list-Revised (PCL-R)¹⁸. The PCL-R is a clinical scale that relies on a semi-structured interview, information about a person's case-history, and a 20 item scale where each item is scored 0, 1, 2. Total scores can range from 0 to 40 and reflect an estimate of the degree to which the individual matches the prototypical psychopath¹⁹. Eighteen of the 20 items form four factors (or dimensions or facets)²⁰: Interpersonal (glibness/superficial charm, self-grandiosity, pathological deceptiveness, conning/manipulative); Affective (lack of guilt or remorse, callous/lack of empathy, shallow affect, refusal to accept responsibility); Lifestyle (need for stimulation/proneness to boredom, parasitic lifestyle, failure to make realistic long-term goals, impulsivity, irresponsibility); and Antisocial (poor behavioral control, early onset behavioral problems, juvenile delinquency, revocation of conditional release, criminal versatility).

Because high scores on the PCL-R have been repeatedly shown to confer an increased risk for violence²¹, the PCL-R (or some derivative) has been included as a predictor variable in several prominent actuarial models of violence risk assessment. For instance, Monahan *et al.* found that out of the 134 initial risk factors they examined, *the single most powerful risk factor* for differentiating high risk from low risk groups was the PCL:SV score [i.e., the short version of the PCL-R]²². These results comport with the gathering data on psychopathy and violence. In one review of the sprawling literature, Leistico *et al.*²³ present the results of a meta-analysis that integrates the effect sizes from 95 non-overlapping psychopathy studies. Their primary finding was that “psychopathy was similarly predictive across different ages (adolescents vs. adults), study methodologies (prospective vs. retrospective), and different types of outcomes (institutional infractions vs.

18 HARE, 1991.

19 The *PCL-R Manual* lists the mean score for North American prison samples and for forensic psychiatric samples as 23.6 (SD=7.9) and 20.6 (SD=7.8), respectively (Hare, 1991).

20 Originally, Hare developed a two factor model of psychopathy—see, e.g., HARE, 1991; HARE *et al.*, 1990; HARPER *et al.*, 1988 — but more recently he has put forward a four factor model that was developed based on research involving nearly 7,000 psychopaths. The Interpersonal/Affective dimensions and the Lifestyle/Antisocial dimensions constitute the original Factor 1 and Factor 2, respectively. For more information concerning the four factor model see HARE; NEUMANN, 2006; *Id.*, 2008.

21 See, e.g., HARRIS *et al.*, 1991; HEILBRUN *et al.*, 1998; RICE *et al.*, 1990.

22 MONAHAN *et al.*, 2001, p. 108.

23 LEISTICO *et al.*, 2008.

recidivism)²⁴. It is not enough, however, to know *that* psychopaths are persistently violent. What we ultimately want to understand is *why* they are such an intractably violent group. Cognitive neuroscientists have recently tried to do their part to shed light on this latter issue by using structural and functional imaging to study psychopathy.

There is gathering data that psychopathic individuals display the following functional neurocognitive deficits: (a) reduced amygdala and vmPFC activity during aversive conditioning tasks²⁵; (b) impairment in passive avoidance learning task and differential reward-punishment tasks²⁶; (c) reduced amygdala activation during emotional memory²⁷; (d) reduced activation in the anterior and posterior cingulate gyri, left inferior frontal gyrus, amygdala, and ventral striatum when encoding, rehearsing, and recognizing negatively valenced words²⁸; and (e) reduced activity in the ventromedial prefrontal cortex and anterior temporal cortex when distinguishing between moral and non-moral images²⁹, and (f) exhibit cognitive-perceptual deficits in the recognition of certain emotions in others' faces and voices³⁰.

These findings complement the data on psychopathy which suggest that they have deficits in practical rationality. For instance, it has been shown that psychopaths have deficits in attention, exaggerated views of their own capabilities, and are often intransigent in the face of aversive conditioning³¹. They exhibit shortcomings when it comes to the so-called gambling task³² and deficits in response reversal—the inhibition of previously rewarded responses that are now punished³³. And while the evidence concerning the extent to which psychopaths have impairments in moral cognition is mixed³⁴, it is clear that they have a difficult time acting in

24 LEISTICO *et al.*, 2008.

25 VEIT *et al.*, 2002.

26 BLAIR *et al.*, 2004; *Id.*, 2006.

27 KIEHL *et al.*, 2001.

28 *Id.*, 2004.

29 HARENSKI *et al.*, 2010.

30 BLAIR *et al.*, 2001a; BLAIR; COLES, 2000; BLAIR *et al.*, 2002.

31 HARE, 1978.

32 BECHARA *et al.*, 1994; BLAIR *et al.*, 2001a.

33 NEWMAN; KOSSON, 1986; BLAIR *et al.*, 2001b.

34 For instance, early work by James Blair and colleagues suggested that psychopaths cannot pass a

accordance with the moral and legal norms of society. And society's usual vehicle for deterring bad behavior—namely, punishment—simply doesn't work very well when it comes to psychopaths. Given that psychopaths are responsible for committing such a vastly disproportionate amount of violent crime, these behavioral deficits are especially costly for both victims and society at large. So, developing a better understanding of the neural and behavioral deficits associated with psychopathy is both normatively and practically important.

In addition to making progress in identifying the underlying neurocognitive and behavioral deficits associated with psychopathy, researchers are also making progress when it comes to the neurochemistry of psychopathy. Consider, for instance, the following findings:

1. Blair *et al.* show that the neurotransmitter noradrenaline plays an important role in the deficits associated with psychopathy³⁵.
2. Rogers *et al.* show that administering noradrenaline antagonists reduces the impact of aversive cues when making decisions³⁶.
3. Strange & Dolan show that amygdala activity in response to emotional stimuli is also reduced by the administration of a noradrenaline antagonist³⁷.
4. Cima *et al.* show differences in psychopathic and non-psychopathic inmates with respect to cortisol function³⁸.

Complementary research is also being done on the heritability of psychopathy. For instance, two studies have found that there is a genetic contribution to the disorder, especially when it comes to the callous-unemotional components of psychopathy³⁹. Moreover, Larsson *et al.* ran a large adolescent twin study that found that the same four factors identified by Hare's four-factor model of psychopathy load onto a single genetic factor⁴⁰. But

basic moral cognition task known as the moral-conventional task (see, e.g., BLAIRE, 1995). But more recent work has shown that the issue is not as straightforward as Blaire assumed (see, e.g., AHARONI *et al.*, 2012). However, regardless of whether psychopaths can pass the moral-conventional task, it is clear they have other impairments when it comes to moral cognition and behavior (as evidenced by the research referenced above).

35 BLAIR *et al.*, 2005.

36 ROGERS *et al.*, 2004.

37 STRANGE; DOLAN, 2004.

38 CIMA *et al.*, 2008.

39 BLONIGEN *et al.*, 2003; VIDING *et al.*, 2008.

40 LARSSON *et al.*, 2007.

there is admittedly a lot more work that needs to be done on the heritability of psychopathy. However, while many questions about the neural and genetic underpinnings of psychopathy remain unanswered, the extant literature on psychopathy reveals that not only is it one of the most powerful predictor variables for violence, but psychopathy is also associated with several structural and functional neurological impairments that lead to deficits in both practical reasoning and moral cognition and behavior. Indeed, it is precisely for this reason that the problem of psychopathy is relevant to legal philosophy and public policy. So, having now briefly discussed some of the gathering empirical data on psychopathy, I want to turn our attention to moral and legal philosophy.

3. Psychopathy and the philosophy of punishment

Historically, theories of punishment have been divided into two general groups – consequentialism and retributivism. In their attempts to justify both the institution and the implementation of punishment, pure (or strict) consequentialists appeal to a wide range of potentially positive benefits produced by punishing wrongdoers including:

1. General deterrence–i.e., punishing in order to deter other would be offenders from committing similar offenses.
2. Incapacitation–i.e., punishing in order to prevent the offender from committing similar crimes while he is being detained and/or treated.
3. Rehabilitation and moral education–i.e., punishing in order to rehabilitate or reeducate the offender.
4. Communication–i.e., punishing in order to communicate or express disapproval of an action.
5. Catharsis–i.e., punishing in order to give victims and society more generally a healthy emotional release.
6. Norm reinforcement–i.e., punishing in order to highlight and reassert the importance of social values and norms.
7. Quelling revenge–i.e., punishing in order to keep the original or third parties from starting a blood feud.

In each of these cases, the *prima facie* (and perhaps even *pro tanto*) moral badness of punishment is off-set by the benefits that it produces.

However, in the event that punishment fails to produce these positive consequences either in general or in a particular case, it loses its moral legitimacy. On these views, determining the moral propriety of punishment is entirely a forward-looking affair.

Retributivist theories of punishment reject this entire instrumentalist approach. According to retributivism, punishment is not justified in terms of some future benefit. Rather, retributivists believe that “punishment institutions in general are justified by the giving of just deserts and that the punishment of each offender is justified by the fact that he or she deserves it”⁴¹. On this non-instrumentalist view, if an agent is morally responsible for breaking a moral norm, then that person deserves to be punished—i.e., harmed—even if the harm produces no other tangible benefits. So, for instance, if there were two *equally effective* penalties available for a particular moral violation in terms of deterrence, prevention, rehabilitation, and the like, one of which involves harming the wrongdoer and the other of which does not, the proponent of retributivism must opt for the former while the proponent of consequentialism must opt for the latter. Indeed, according to retributivists, it is morally appropriate to inflict harm on offenders even if this yields no positive consequences at all—as evidenced by the famous thought experiment from the prominent retributivist Immanuel Kant:

Even if a civil society were to dissolve itself by common agreement of all its members (for example, if the people inhabiting an island decided to separate and disperse themselves around the world), the last murderer remaining in prison must first be executed, so that everyone will duly receive what his actions are worth and so that the blood guilt thereof will not be fixed on the people because they failed to insist on carrying out the punishment; for if they fail to do so, they may be regarded as accomplices in this public violation of legal justice⁴².

According to pure (or strict) retributivists such as Kant, giving offenders the appropriate dose of harm is both necessary and sufficient for justified punishment. Michael Moore, a contemporary proponent of this approach to punishment, characterizes retributivism as “the view that the guilty re-

41 MOORE, 1997, p. 155.

42 KANT, 1785, p. 102.

ceiving their just deserts is an intrinsic good”⁴³. Of course, if punishing the morally deserving happens to yield positive side effects such as deterring crime or rehabilitating the offender, these consequences may be welcomed by the retributivist as a “happy surplus”⁴⁴, but they do not constitute any part of the justifying aim of punishment for the pure retributivist.

On this view, to say that an agent is desert-based responsible for breaking a moral or legal norm *x* is to say that she deserves to suffer for *x-ing* even if the suffering produces no other tangible benefits⁴⁵. If one adopts this kind of retributive approach, then the mere fact that an offender is dangerous isn’t a morally relevant reason to punish him more harshly. Desert ought to be the sole metric for sentencing determinations. Given the central role played by the deserved suffering of offenders when it comes to pure retributivism, the case of the psychopath raises some interesting issues. For instance, given that psychopathy is a mental illness with a bio-genetic etiology that is associated with both brain abnormalities and antisocial behavior—as the data suggest—some may be tempted to conclude that psychopathy *reduces* culpability. After all, ordinarily, mental illnesses that impair interpersonal and intrapersonal functioning tend to mitigate desert such that if two people commit the same crime but one of them is mentally disordered in a salient way and the other is not, then, all other things being equal, the mentally disordered offender would deserve less suffering (and hence, less punishment).

Whether we’re talking about a schizophrenic who is found not guilty by reason of insanity owing to his delusions or we’re talking about a woman who gets a lighter sentence for killing her infant because she is suffering from post-partum depression, both morality and the law are replete with examples of mental illnesses that either mitigate or exculpate responsibility on retributive grounds. In these contexts, because the mental illness is taken to partially or entirely compromise the agent’s ability to think and behave normally, the agent is deemed to be *less* responsible and hence *less* deserving of punishment. But then what are we supposed to say in the case of the psychopath?

43 MOORE, 1997, p. 157.

44 *Ibid.*, p. 89.

45 Usually this view is coupled with a proportionality constraint—that is, the pure retributivist thinks that not only should wrong-doers be made to suffer for their transgressions, but this suffering should be proportionate to the amount of suffering caused by the initial offense. As such, acts that cause less harm will merit less punishment than acts that cause more harm.

As we have seen, psychopathy is a mental disorder which is associated with impairments in both moral cognition and moral behavior. Given the cognitive, affective, and behavioral deficits associated with psychopathy, it seems like the kind of mental disorder that retributivists might find *mitigating*. Yet, if pure retributivists agree that psychopathy is a mitigating condition, they will find themselves in the curious position of having to give the *most* dangerous offenders *lighter* sentences. So long as desert is the only standard for determining how much punishment an offender deserves and so long as psychopaths are deemed to deserve less suffering than their non-psychopathic counter-parts, they ought to receive reduced sentences (despite the fact that they pose a greater threat to society when released). Given that I think this is a counter-intuitive strategy for the retributivist to adopt, I want to consider how the retributivist might avoid the charge that psychopathy is mitigating.

The two most obvious responses here for the retributivist would be either to deny that psychopathy is a mental illness or to concede that while it is a mental illness, psychopaths aren't sufficiently impaired in the right sort of way to have diminished responsibility. Denying that psychopathy is a mental illness is a tough theoretical and empirical row to hoe (or so I have argued elsewhere)⁴⁶. So, I am not going to explore that option here in any more detail. Let it suffice to say that I think that both the arguments and the evidence support treating psychopathy as a mental illness with the symptoms described above. While a retributivist can try to dispute this claim, it is not an especially promising approach. I think the retributivist is better off instead acknowledging that psychopathy is a mental illness while at the same time denying that it ought to be a mitigating condition from the standpoints of law and public policy.

This way of responding to the problem of psychopathy involves placing the threshold for moral and legal responsibility low enough so that psychopaths clear the hurdle. On this approach, so long as offenders clear this minimal threshold, they are *fully* responsible (whether mentally ill or not). Because retributivists of this stripe think that psychopaths fully satisfy the criterion of responsibility—despite their cognitive and behavioral deficits and abnormalities—they are deemed *no less deserving* of punishment for their wrong-doing. If this is right, then the retributivist can side-step the

46 See, e.g., NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013.

curious position I mentioned earlier—namely, having to punish the most dangerous offenders more leniently. If psychopaths and non-psychopaths are *equally* deserving of punishment, their sentences can and should be the same. So, adopting this approach to the problem of psychopathy would certainly allay some of the concerns raised above.

But there are two primary challenges for retributivists who adopt this strategy: First, the debate about whether psychopaths are morally and legally responsible is hotly contested—so, a lot of work would need to be done by the retributivist to convincingly show that psychopaths *don't have diminished responsibility* even though they clearly *do have diminished capacities* (of an arguably morally-relevant kind). Second, retributivists must take care that in placing the bar of responsibility sufficiently low enough that psychopathy isn't mitigating, the bar doesn't end up being so low that children and those with other mitigating conditions end up being fully responsible as well.

Figuring out whether the retributivist can adequately address either of these two issues is a task for another day. As I said from the outset, my goal here is merely to survey some of the retributivist's various options in the face of the problem of psychopathy—not to determine whether any of these options is ultimately viable. I am scouting the conceptual terrain—not stalking any particular philosophical prey. So far, I briefly explored two approaches retributivists could adopt in an effort to avoid the claim that psychopathy is a mitigating mental illness: First, they could deny that psychopathy is a mental illness altogether. Second, they could deny that it's the kind of mental illness that should count as mitigating. While I happen to personally think the retributivist is going to have a difficult time making either of these two approaches work that is neither here nor there for present purposes.

For now, I want to consider another potential avenue the pure retributivist could pursue when it comes to the problem of psychopathy—namely, biting the bullet when it comes to the diminished responsibility of psychopaths and conceding that they should receive lighter sentences after all. On this approach, the retributivist would concede that psychopaths are mentally ill and less responsible from the strict standpoint of desert. As such, this diminished responsibility ought to be reflected in how psychopathic offenders are punished in relation to non-psychopathic offenders. Given that psychopaths are sufficiently impaired as to be less deserving,

they really ought to be given lighter sentences after all (however curious or counter-intuitive this may seem).

While I think this approach is more promising than the first two we considered, it is not without problems of its own. For starters, I suspect this strategy represents a major divergence from folk retributivism (that is, the philosophy of punishment embedded in common-sense morality). While the pure retributivist may be willing to find the psychopath less deserving (even if more dangerous), I don't think this comports with people's pre-theoretical attitudes, beliefs, and behaviors when it comes to psychopathic offenders. Wrong-doers who are completely uncaring and indifferent about they caused—as is often the case with psychopaths—are commonly taken to be *more* deserving of suffering and punishment than offenders who are genuinely apologetic and contrite. As such, I predict that if one ran vignette-based studies involving psychopathic characters, people would find them to be more deserving of suffering and punishment on retributive grounds (based on their callous and unemotional demeanor). But determining whether I am right about this would require more systematic investigations concerning people's intuitions, beliefs, and attitudes about the moral and legal status of psychopathic offenders—which is a task for another day.

For now, let it suffice to say that if the pure retributivist goes down this route, it may very well make it more difficult to get from theory to practice (if it turns out that people find psychopathy to be aggravating rather than mitigating as I predict). Not only is this kind of strategy likely to conflict with common sense morality, but it also conflicts with current legal practices (at least in the United States). Rather than serving as a mitigating condition, psychopathy is much more commonly used as an *aggravating* circumstance—both because psychopaths are more dangerous and because they are remorseless. So, to treat psychopathy as a mitigating condition is to place a legal and legislative barrier between one's preferred philosophical theory and public policy. That's all fine, of course, so long as retributivists who go down this road are aware that there are potential problems looming on the horizon.

But here again, I am not trying to show that retributivism can't adequately address the problem of psychopathy. I am just highlighting some of the ways retributivists might respond (and some of the potential downstream implications of these responses). As we have just seen, they could

bite the bullet and concede (a) that psychopathy is a mitigating condition, and (b) this fact ought to be reflected in how psychopaths are punished. But the pure retributivist need not concede so much theoretical and practical ground. While retributivists certainly *could* bite the bullet on this front, as we have already seen earlier, they certainly aren't compelled to do so. They could either deny that psychopathy is a mental illness altogether or deny that it is a mental illness that should count as a mitigating circumstance. But these aren't the only options open to retributivists on this front.

However, one attractive way retributivists have responded in the past to these (and related) issues isn't open to pure (or strict) retributivists—namely, embracing a hybrid theory of punishment whereby both backward-looking and forward-looking considerations are deemed relevant to punishment. There are two noteworthy features of this mixed approach for present purposes: First, this option is tantamount to giving up on pure or strict retributivism—which is the view that both the *institution* of punishment in general and its *implementation* in particular cases are justified by purely backward-looking, desert-based considerations. So, while this mixed approach is open to retributivists, it is not open to those who defend retributivism in its purest form. Second, retributivists who go this hybrid route to address the problem of psychopathy wouldn't be like the traditional mixed theorists of punishment one finds in Rawls (1956) and Hart (1968). On this latter view, the institution of punishment is justified in terms of forward-looking considerations while the implementation of punishment is the province of retributive considerations. For both Rawls and Hart, the retributive considerations serve as side constraints to prevent consequentialism from running amuck when it comes to sentencing decisions.

However, a retributivist of the persuasion I am presently imagining would need to adopt precisely the *opposite* mixed theory of punishment. On this curious view, desert would apply at the institutional level rather than at the level of implementation—which is a view that no one has defended in the literature as far as I know. So, while the institution of punishment would be justified on retributivist grounds, decisions at the level of implementation would be made based on consequentialist considerations—which can then be used to justify punishing psychopaths equally harshly as their non-psychopathic counter-parts even though the former are less deserving (from the standpoint of moral responsibility).

The key question that arises here for the retributivist is determining which kinds of forward-looking considerations ought to be relevant to the sentencing decisions in the case of psychopaths. For instance, one forward-looking consideration that is not available to the mixed retributivist when it comes to psychopaths is rehabilitation or moral education. Not only are psychopaths hyper-criminal but they recidivate at a higher rate than any other group of offenders. To make matters worse, while progress has been made when it comes to rehabilitating non-psychopathic offenders during the past twenty years in the wake of improved techniques in violence risk assessment and risk management, psychopaths don't respond to therapeutic intervention.

Indeed, there is some evidence that the very attempt to rehabilitate psychopaths with traditional treatment modalities such as group therapy or individual counseling actually makes it *more*, rather than *less*, likely that they recidivate⁴⁷. As such, if retributivists opt for a mixed theory rather than a pure or strict form of retributivism, rehabilitation and moral education can't play a role in the justification of punishing psychopaths (at least when it comes to adult offenders). That leaves two other forward looking justifications—namely, prevention and deterrence.

Prevention is an obvious justification for punishing psychopaths given that they clearly represent a menace to society. However, relying on prevention rather than desert creates its own unique set of potential problems. For instance, as we learn more about both the genetic underpinning and the developmental trajectory of the illness of psychopathy, and as we develop increasingly more powerful tools for detecting and diagnosing the disorder, we will presumably be able to identify psychopaths at increasingly earlier ages. Given that psychopathy isn't currently treatable (see above) and given how much damage psychopaths inflict on society, the preventive theorist may feel the eventual pull to start detaining or quarantining children who are diagnosed with psychopathy even if they haven't broken any laws⁴⁸.

This temptation to identify and detain psychopaths at earlier stages is all the more problematic when we remember that the antisocial behaviors that are symptomatic of psychopathy persist well into adulthood. As such,

47 See, e.g., RICE *et al.*, 1992. It is worth mentioning, however, that juveniles with psychopathic tendencies have been found to be amenable to therapy (e.g., CALDWELL; RYBROEK, 2001; *Ibid.*, 2005; CALDWELL *et al.*, 2007).

48 See, e.g., RAINE, 2013.

if we focus on prevention and future dangerousness as the justification for punishing psychopaths, we may eventually find ourselves having to punish psychopaths for life even for minor offenses. For a pure preventive theorist, perhaps this is an acceptable albeit lamentable consequence. But for retributivists who adopt a mixed theory because they think psychopaths should be punished *no less harshly* than their non-psychopathic counterparts, this, too, is a bitter pill to swallow (since on this approach we will likely end up punishing them *more harshly*).

In order to avoid this outcome, the mixed retributivist could opt to focus instead on general deterrence rather than prevention or rehabilitation. However, once the retributivist adopts deterrence as the guiding motivation behind punishing psychopaths, it is unclear what work is left for desert to do in a system like this one. For while we may treat both psychopaths and non-psychopaths roughly the same in terms of how much punishment we mete out to them even though the two groups are differentially deserving, we may also treat them differentially (as was the case with preventive models). Indeed, because psychopaths commit some of the most heinous crimes, we may be driven to punish them even more harshly than their non-psychopathic counterparts for maximal deterrent effect even though, from the strict standpoint of retribution, they deserve lighter sentences.

In short, if one adopted this type of mixed theory of punishment in the face of the problem of psychopathy, there would be a tension from the outset between the stated goal of the institution of punishment—in this case, having a formal system in place for giving the deserving their due (which is itself intrinsically valuable)—and the relevance of forward-looking considerations like general deterrence at the level of implementation. After all, the implementations (that is, sentences) in such an arrangement will often diverge from the retributive goal of the institution itself—which is perhaps why no one has defended this kind of mixed theory of punishment in the literature. Upon closer inspection, it is at best a short term fix that doesn't completely address the problem at hand and it is a strategy that leads to even larger concerns down the road.

Of course, if retributivists want to avoid all of these aforementioned problems with mixed theories of punishment altogether, they could always follow Morse in concluding that because psychopaths are suffering from a mental illness that sufficiently undermines their desert, psychopaths should be *exculpated* and detained in forensic facilities rather than

incarcerated in penal institutions⁴⁹. On this view, it's not that psychopaths are less deserving of punishment—it's that psychopaths aren't apt targets of punishment at all. Regardless of what one thinks of this move, it, too, represents a major shift in how we currently treat psychopathic offenders—a shift I suspect most people would want to reject given that psychopaths commit crimes while free of delusions and without remorse. Here again, we find a potential fissure between pure retributivism and common-sense morality. While I personally find the approach adopted by Morse⁵⁰ to be the most attractive strategy for the retributivist, I nevertheless think it has an uphill battle when it comes to making its way into public policy (at least in the United States). For while pre-theoretical folk retributivism may share some key assumptions with its more sophisticated philosophical counter-part when it comes to the intrinsic value of giving the deserving their due, common sense morality may have different standards when it comes to which circumstances and conditions should count as mitigating and exculpating.

This is not to say that the ordinary views about psychopaths and punishment are necessarily the correct views nor is it to say that the retributivist shouldn't opt for the approach to psychopathy adopted by Morse. It's just to say that philosophers must be sensitive to the potential conflicts and tensions that may exist between their own preferred theories and public opinion. For it is public opinion—fueled as it is by common-sense morality—that is always potentially standing in between theory and practice. So even if a philosopher chooses not to take common sense morality as the starting point of her philosophical investigation (which is fine, of course), it is something that will need to be addressed somewhere down the road if the philosopher cares about public policy and not just philosophical theorizing. Here, too, one would need much more data on the contours of folk intuitions about punishment, mental illness, responsibility, and the like—which is yet another task for another day.

In the meantime, there is already compelling evidence that psychopathy is a mental illness with a bio-genetic etiology—one that is associated with structural and functional brain abnormalities that lead to chronic antisocial behavior. At this point, this is something everyone in the debate

49 MORSE, 2008.

50 *Ibid.*

about the philosophy of punishment and should simply accept. Rather than disputing the mounting empirical data, philosophers should focus instead on how their preferred theories of punishment will accommodate what we are learning about the curious and frightening case of the psychopath. For as things presently stand, it appears that psychopaths are indeed mad rather than merely bad. However, given that their badness is actually symptomatic of their curious and frightening form of madness, they create deep and puzzling issues at the cross roads of philosophy, psychiatry, and the criminal law.

References

- AHARONI, E., SINNOTT-ARMSTRONG, W., & KIEHL, K. "Can Psychopathic Offenders Discern Moral Wrongs? A New Look at the Moral/Conventional Distinction", *Journal of Abnormal Psychology*, v. 121 (2), pp. 484-497, 2012.
- ANDRADE, J. T. The inclusion of antisocial behavior in the construct of psychopathy: A review of the research. In: *Aggression and Violent Behavior*, 13, pp. 328–335, 2008.
- BECHARA, A., DAMASIO, A., DAMASIO, H. & ANDERSON, S. Insensitivity to future consequences following damage to human prefrontal cortex. In: *Cognition*, 50, pp. 7–15.
- BLAIR, R. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, 57, pp. 1–29, 1995.
- BLAIR, R. & COLES, M. Expression recognition and behavioural problems in early adolescence. In: *Cognitive Development*, 15, pp. 421–34, 2000.
- BLAIR, R., COLLEDGE, E., MURRAY, L., & MITCHELL, D. A selective impairment in the processing of sad and fearful expressions in children with psychopathic tendencies. In: *Journal of Abnormal Child Psychology*, 29, pp. 491–98, 2001a.
- BLAIR, R., COLLEDGE, E., & MITCHELL, D. Somatic markers and response reversal: is there orbitofrontal cortex dysfunction in boys with psychopathic tendencies? In: *Journal of Abnormal Child Psychology*, 29, pp. 499–511, 2001b.
- BLAIR, K.S., LEONARD, A., & BLAIR, R.J.R. Impaired decision making on the basis of both reward and punishment information in individu-

- als with psychopathy. In: *Personality and Individual Differences*, 41, pp. 155-165, 2006.
- BLAIR, R.J.R., MITHCELL, D.G.V., LEONARD, A., BUDHANI, S., PESCHARDT, K.S., & NEWMAN, C. Passive avoidance learning in individuals with psychopathy; modulation by reward but not punishment. In: *Personality and Individual Differences*, 37, pp. 1179-1192, 2004.
- BLONIGEN, D.M., HICKS, B.M., KRUEGER, R.F., PATRICK, C.J., & IACONO, W.G. Psychopathic personality traits: heritability and genetic overlap with internalizing and externalizing psychopathology. In: *Psychological Medicine*, 35(5), pp. 637-648, 2005.
- CALDWELL, M.F., & VAN RYBROEK, G.J. Efficacy of a decompression model in the clinical management of violent juvenile offenders. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 45(4), pp. 469-477, 2001.
- CALDWELL, M.F., & VAN RYBROEK, G.J. Reducing violence in serious juvenile offenders using intensive treatment. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 28(6), pp. 622-636, 2005.
- CALDWELL, M.F., MCCORMICK, D.J., UMSTEAD, D., & VAN RYBROEK, G.J. Evidence of treatment progress and therapeutic outcomes among adolescents with psychopathic features. In: *Criminal Justice and Behavior*, 34(5), pp. 573-587, 2007.
- CIMA, M., SMEETS, T., & JELICIC, M. Self-reported trauma, cortisol levels, and aggression in psychopathic and non-psychopathic prison inmates. In: *Biological Psychology*, 78(1), pp. 75-86, 2008.
- CLECKLEY, H. *The mask of sanity* (4th Ed). St. Louis: Mosby. First published in 1941, 1976.
- COTTINGHAM, J.G. Varieties of retributivism. In: *Philosophical Quarterly*, 29, pp. 238-246, 1979.
- DEIGH, J. Empathy and universalizability. In: *Ethics*, Vol. 105, No. 4, pp. 743-763, 1995.
- DUFF, A. Psychopathy and answerability. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 199-212, 2010.
- DUFF, A., & GARLAND, D. [Eds.] *A Reader on Punishment*. New York: Oxford, 1994.
- FINE, C., & KENNETT, J. Mental impairment, moral understanding and criminal responsibility: Psychopathy and the purposes of punishment. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 27, pp. 425-443, 2004.

- GILLETT, G. Intentional action, moral responsibility, and psychopaths. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press: pp. 283-298, 2010.
- GLANNON, W. Psychopathy and responsibility. In: *Journal of Applied Philosophy*, Vol.14, No.3, pp. 263-275, 1997.
- GREENSPAN, P. Responsible psychopaths. In: *Philosophical Psychology*, Vol. 16, No. 3, pp. 417-429, 2003.
- HAJI, I. The emotional depravity of psychopaths and culpability. In: *Legal Theory*, 9, pp. 63–82, 2003.
- HARE, R. Electrodermal and cardiovascular correlates of psychopathy. In: R. Hare and D. Schalling (eds.), *Psychopathic Behavior: Approaches to Research*. New York: John Wiley & Sons, pp. 107–44, 1978.
- _____. *The Hare Psychopathy Checklist–Revised*. Multi-Health Systems: Toronto, ON, 1991.
- HARE, R. D., & JUTAI, J. W. Criminal history of the male psychopath: Some preliminary data. In: K. T. VanDusen & S. A. Mednick (Eds.), *Prospective studies of crime and delinquency*, pp. 225-236. Boston: Kluwer-Nijhoff, 1983.
- HARE, R. D., & MCPHERSON, L. M. Violent and aggressive behavior by criminal psychopaths. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 7, pp. 35-50, 1984.
- HARE, R., HARPUR, T., HAKISTAN, R., FORTH, A., HART, S., & NEWMAN, J. The Revised Psychopathy Checklist: Reliability and factor structure. In: *Psychological Assessment: A Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2, pp. 338-341, 1990.
- HARE, R.D., & NEUMANN, C.S. The PCL-R assessment of psychopathy: development, structural properties, and new directions. In: Patrick, C.J. (Ed.) *Handbook of Psychopathy*. New York: Guilford, pp. 58–90, 2006.
- HARE, R.D., & NEUMANN, C.S. Psychopathy as a clinical and empirical construct. In: *Annual Review of Clinical Psychology*, 4, pp. 217-46, 2008.
- HARENSKI, C.L., HARENSKI, K.A., SHANE, M.S., & KIEHL, K. Aberrant neural processing of moral violations in criminal psychopaths. In: *Journal of Abnormal Psychology* 119, 4, pp. 863-874, 2010.
- HARPUR, T., HAKISTAN, R., & HARE, R. Factor structure of the Psychopathy Checklist. In: *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 56, pp. 741-747, 1988.

- HARRIS, G., RICE, M., & CORMIER, C. (1991). Psychopathy and violent recidivism. *In: Law and Human Behavior*, 15, pp. 625-637, 1991.
- HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- HEILBRUN, K., HART, S. D., HARE, R. D., GUSTAFSON, D., NUNEZ, C., & WHITE, A. J. Inpatient and post discharge aggression in mentally disordered offenders: The role of psychopathy. *In: Journal of Interpersonal Violence*, pp. 13, 514-527, 1998.
- KANT, I. *The Metaphysical Elements of Justice*, J. Ladd (Tr.). Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1965, 1785.
- KARPMAN, B. The myth of the psychopathic personality. *In: American Journal of Psychiatry*, 104, pp. 523-534, 1948.
- KAUPPINEN, A. The rise and fall of experimental philosophy. *In: Philosophical Explorations*, 10(2), pp. 95-118, 1997.
- KERNBERG, O. *Borderline Conditions and Pathological Narcissism*. Northvale, NJ: Jason Aronson Inc, 1975.
- KIEHL, K. *The Psychopath Whisperer*. New York: Broadway Books, 2014.
- KIEHL, K.A., SMITH, A.M., HARE, R.D., MENDREK, A., FORSTER, B.B., BRINK, J., BRINK, J. & LIDDLE, P.F. Limbic abnormalities in affective processing by criminal psychopaths as revealed by functional magnetic resonance imaging. *In: Biological Psychiatry* 50 (9), pp. 677-684, 2001.
- KIEHL, K.A., SMITH, A.M., MENDREK, A., FORSTER, B.B., HARE, R.D. & LIDDLE, P.F. Temporal lobe abnormalities in semantic processing by criminal psychopaths as revealed by functional magnetic resonance imaging. *In: Psychiatry Research* 130 (3), pp. 27-42, 2004.
- KOCH, J.L. *Psychopathic Inferiority*. Ravensburg, 1891.
- LARSSON, H., TUVBLAD, C., RIJSDIJK, F.V., ANDERSHED, H., GRANN, M., & LICHTENSTEIN, P. A common genetic factor explains the association between psychopathic personality and antisocial behavior. *In: Psychological Medicine*, pp. 37, 15-26, 2007
- LEISTICO, A.M., SALEKIN, R.T., DECOSTER, J., & ROGERS, R. A large-scale meta-analysis relating the hare measures of psychopathy to antisocial conduct. *In: Law & Human Behavior*, pp. 32, 28-45, 2008.
- LEVY, N. The responsibility of the psychopath revisited. *In: Philosophy, Psychiatry, and Psychology* 14 (2), 129-138, 2007a.
- _____. Norms, conventions, and psychopaths. *In: Philosophy, Psychiatry, and Psychology* 14 (2), pp. 163-170, 2007b.

- LITTON, P. (forthcoming). Criminal Responsibility and Psychopathy. In: *Oxford Handbook of Psychopathy and Law*, edited by K. Kiehl & W. Sinnott-Armstrong. New York: Oxford University Press.
- MAIBOM, H. Moral unreason: The case of psychopathy. In: *Mind & Language*, 20(2), pp. 237–257, 2005.
- MAIBOM, H. Rationalism, emotivism, and the psychopath. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 227–242, 2010.
- MALATESTI, L., & Mcmillan, J. (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MONAHAN, J., STEADMAN, H., SILVER, E., APPLEBAUM, P.S., CLARK-ROBBINS, A., MULVEY, E.P., ROTH, L., GRISSO, T., & BANKS, S. *Rethinking Risk Assessment: The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MOORE, M. *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MORSE, S. Psychopathy and criminal responsibility. In: *Neuroethics*, 1, pp. 205–212, 2008.
- MORSE, S. Psychopathy and the law: The United States Experience. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 41–62, 2010.
- NADELHOFFER, T., & NAHMIAS, E. The Past and Future of Experimental Philosophy. In: *Philosophical Explorations*, 10(2), pp. 123–149, 2007.
- NADELHOFFER, T., HESHMATI, S., KAPLAN, D., & NICHOLS, S. Folk Retributivism: In Theory and Action. In: *Economics and Philosophy*, Vol. 29, pp. 235–261, 2013.
- NADELHOFFER, T., & SINNOTT-ARMSTRONG, W. Is Psychopathy a Mental Disease? In: N. Vincent (Ed.), *Legal Responsibility and Neuroscience*. Oxford University Press: 227–253, 2013.
- NADELHOFFER, T., WRIGHT, J., GOYA-TOCCHETTO, D., & MCGUIRE, Q. (forthcoming). Common Sense Morality and Neuro-intervention: An Interdisciplinary Investigation. In: N. Vincent (Ed.), *Neuro-interventions and the Law: Regulating Human Mental Capacity*. Oxford University Press.

- NEWMAN, J. & KOSSON, D. Passive avoidance learning in psychopathic and nonpsychopathic offenders. In: *Journal of Abnormal Psychology*, 96, pp. 257-263, 1986.
- PINEL, P. *A Treatise on Insanity* (D. Davis, Trans.). New York: Hafner. Original work published in 1801, 1962.
- PRICHARD, J. C. *A Treatise on Insanity and other Disorders Affecting the Mind*. London: Sherwood, Gilber, and Piper, 1835.
- RAINE, A. *The Anatomy of Violence: The Biological Roots of Crime*. New York: Pantheon Books, 2013.
- RAWLS, J. Two concepts of rules. In: *The Philosophical Review*, 64 (1), pp. 3-32, 1956.
- RICE, M. E., HARRIS, G. T., & QUINSEY, V. L. A follow-up of rapists assessed in a maximum security psychiatric facility. In: *Journal of International Violence*, 5, pp. 435-448, 1990.
- ROGERS, R.D., LANCASTER, M., WAKELEY, J., & BHAGWAGER, Z. Effects of beta-adrenoceptor blockade on components of human decision making. In: *Psychopharmacology*, 172(2), pp. 157-164, 2004.
- STRANGE, B.A., & DOLAN, R.J. Beta-adrenergic modulation of emotional memory-evoked human amygdala and hippocampal responses. In: *Proceedings of the National Academy of the Sciences of the United States of America*, 101(31), pp. 11.454 – 11.458, 2004.
- VEIT, R., FLOR, H., ERB, M., HERMANN, C., LOTZE, M., GRODD, W., *et al.* Brain circuits involved in emotional learning in antisocial behavior and social phobia in humans. In: *Neuroscience Letters*, 328(3), pp. 233-236, 2002.
- VIDING, E., JONES, A.P., FRICK, P., MOFFITT, T.E., & PLOMIN, R. Genetic and phenotypic investigation to early risk factors for conduct problems in children with and without psychopathic tendencies. In: *Developmental Science*, 11, pp. 17-22, 2008.
- WARD, T. Psychopathy and criminal responsibility in historical perspective. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 7-24, 2010.
- WOLF, J. *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry*. New York: Routledge, 2011.

Autor convidado

O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal

The "Accusatorial System" of Brazilian Criminal Procedure: Notes on the Concept of Accusatorialism from the Federal Supreme Court's Decisions

Vinicius Gomes de Vasconcellos*

Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

Diante das inúmeras discussões terminológicas¹ e dos diversos discursos que embasam diferentes interpretações de conceitos essenciais ao direito processual penal², o presente trabalho pretende desenvolver estudo acerca do conteúdo do “sistema acusatório”, conforme as delimitações impostas em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, apresentar-se-á pesquisa jurisprudencial referente às decisões do tribunal máximo brasileiro sobre a temática no período entre 2010 e 2014. Após esboçar tais contornos elucidativos, empreender-se-á revisão teórica com a pretensão

* Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014), bolsista integral CAPES. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM - Espanha) (2013). Bacharel em Direito pela PUCRS (2012), com pesquisas como bolsista de iniciação científica CNPq/PIBIC (2009/2012). Professor das Faculdades Integradas Campos Salles (SP).

1 Sobre isso, ver: LANGER, 2005, pp. 103-104.

2 “Entretanto, o conteúdo perceptivo da disposição citada, do modo como vem formulada, resulta inevitavelmente impreciso, devido à utilização de uma definição (sistema acusatório) que não possui um significado unívoco e universalmente aceitado. O verdadeiro problema, de fato, reside em individualizar os caracteres distintivos que identificam o modelo processual acusatório, caracteres sobre os quais nem sempre existe unanimidade entre os juristas, dependendo de quais sejam suas opções ideológicas em relação à hierarquia de valores implicada na justiça penal.” (ILLUMINATI, 2008, p. 136, tradução livre).

de descrever as principais divergências doutrinárias que permeiam a análise do tema proposto, expondo suas limitações e clarificando a necessidade do aprofundamento crítico do estudo, visando à definição dos contornos indissociáveis da acusatoriedade no processo penal democrático.

Assim, pensa-se que o presente estudo se justifica na importância da definição do conteúdo da acusatoriedade a partir de posicionamentos da corte suprema do ordenamento pátrio. Tendo-se ciência da paulatina e hodierna utilização das terminologias “processo acusatório” e “modelo acusatório”, o intento de elucidar seu conteúdo e de questionar seus reflexos no ordenamento jurídico é imprescindível na construção doutrinária e jurisprudencial do processo penal brasileiro³.

2. O conteúdo do “sistema acusatório” conforme posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Conforme descrito, neste tópico serão analisadas decisões recentes que abordaram direta ou indiretamente a temática da acusatoriedade no processo penal, almejando-se elucidar, ainda que parcialmente, a concepção desenvolvida pelo tribunal supremo do ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre alertar a ciência do fato de que o enfrentamento da temática pode se tornar nebuloso em razão da variação ocasionada pela discussão das questões centrais das decisões estudadas, as quais podem desfocar as premissas do debate acerca do conceito de “sistema acusatório”. Para tanto, selecionaram-se julgados a partir de pesquisa jurisprudencial na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal (STF), restringidos pelo termo “acusatório” no campo de pesquisa, coletados individualmente em razão da aderência à temática, sendo, portanto, excluídos aqueles destoantes. Assim, foram separadas nove decisões que oferecem contribuições ao estudo, compreendidas entre os anos 2010 e 2014.

O primeiro caso se trata do Habeas Corpus n.º 88.875, julgado em 07 de dezembro de 2010 pela Segunda Turma do STF, relatado pelo ministro Celso de Melo. Versa-se sobre a inépcia de denúncia formulada pelo acusador público, em razão da ausência de atribuição específica e individualizada de comportamento delituoso ao acusado, diante da inexistência de lastro

3 “(...) não vamos superar a dualidade sem demarca-la. Sem os modelos de referência, corremos o risco de não compreender adequadamente a nova inquisitorialidade.” (MARINHO MARQUES, 2013, p. 16).

probatório mínimo em suposto crime de descaminho tentado. Conforme a decisão, o sistema jurídico vigente no Brasil é de natureza acusatória em sua estrutura formal, em razão da imposição democrática e constitucional⁴. Assim, afirma-se a “natureza dialógica” do processo penal acusatório, o que parece consolidar a importância máxima do contraditório para o respeito de direitos fundamentais na persecução penal. Para tanto, impõe-se a obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta, que exponha de forma precisa e individualizada a participação de cada acusado na suposta prática delituosa, sob pena de aceitação à repudiável responsabilização penal objetiva⁵ e à decorrente inversão do ônus da prova, que deve impreterivelmente recair ao acusador⁶. Portanto, o primeiro posicionamento analisado alça o respeito ao contraditório e à ampla defesa ao patamar primordial do processo penal que se diz acusatório.

Também nesse sentido, abordando temática semelhante, o segundo julgado, Habeas Corpus n.º 102.650, de 02 de agosto de 2011, analisado pela Segunda Turma do STF, relatoria do ministro Ayres Brito, trata do trancamento de ação penal⁷ em razão da inépcia da denúncia. Conforme tal posicionamento, reafirmou-se o mandamento constitucional no sentido da consagração do modelo acusatório, referindo-se, como fundamento, o artigo 129, inciso I da Constituição Federal (CF)⁸. Assim, o Ministério Público é encarregado de oferecer a denúncia para a persecução penal, a qual deve atender a requisitos determinados no Código de Processo Penal (CPP), como a exposição do fato criminoso e a qualificação suficiente do

4 “O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “*reato societario*”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa.”

5 “A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.”

6 “Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“*essentialia delicti*”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.”

7 Cumpre apontar, respeitosamente, que, conforme afirmado em diversos trabalhos, pensa-se que a expressão adequada é “trancamento do processo”, posto que o direito de ação se implementa no momento do oferecimento da denúncia, sem a possibilidade de um “trancamento posterior”. Sobre isso, ver: LOPES JR., 2012, pp. 357-360.

8 “Dito isso, consigno que, no modelo acusatório definido pelo inciso I do art. 129 da Constituição Federal (“*São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”), a imputação do fato-crime, como regra, compete ao Ministério Público.”

acusado. Contudo, no caso concreto, assentou-se que a denúncia era adequada, visto que descrevia suficientemente os fatos aparentemente ilícitos, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa aos acusados. De qualquer modo, novamente relacionou-se diretamente o modelo acusatório ao respeito do contraditório e da ampla defesa.

Posteriormente, no Agravo Regimental no Inquérito n.º 2.913, relatado em plenário pelo Ministro Dias Toffoli em 01 de março de 2012, com voto redigido pelo Ministro Luiz Fux, analisou-se acusação de crime de peculato em foro por prerrogativa de função parlamentar, cuja investigação preliminar foi trancada por membro do Judiciário de ofício, sem a prévia manifestação do órgão acusador. Embora apresentada divergência pelo relator⁹, o voto predominante assentou que o sistema acusatório, especialmente durante a investigação preliminar, se caracteriza pela posição inerte do julgador, sendo respeitada a formação da convicção do Ministério Público, encarregado da acusação no processo penal¹⁰. Assim, o trancamento do inquérito policial se justifica somente em situações excepcionais, em que não exista qualquer possibilidade da ocorrência em tese de um delito nos fatos descritos¹¹, o que não se caracterizou no caso em tela, de modo que foi determinado o prosseguimento da investigação preliminar. Portanto, tal julgado determinou a necessidade da separação das funções de acusar e julgar como decorrência do processo penal acusatório, afirmando a importância de respeito à formação da convicção do acusador público, especialmente na fase pré-processual de investigação preliminar.

9 “Como é curial, o fato de ser o Ministério Público o titular da persecução penal não impede o controle jurisdicional da instauração de procedimento formal de investigação por atipicidade do fato objeto do inquérito. São inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal não apenas reconhece a possibilidade de trancamento de inquérito por atipicidade do fato, mas também o determina, até mesmo, de ofício (v.g., HC n.º 83.166/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ 12/3/04; HC n.º 71.466/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/94; HC n.º 83.233/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ de 19/3/04; RE n.º 467.923/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJ de 4/8/06; e RE n.º 459.024/PR, decisão monocrática, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15/2/07).”

10 “O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.”

11 “O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC n.º 96.713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC n.º 103.725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC n.º 106.314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC n.º 100.961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).”

Igualmente nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.414, julgada em 31 de maio de 2012, relatada em plenário pelo Ministro Luiz Fux, trata do questionamento acerca da constitucionalidade de Lei estadual de Alagoas que criou varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas. Em que pese os diversos pontos analisados pelo STF, atenta-se aqui aos apontamentos acerca do tema do presente estudo. Conforme o julgado, o conceito da acusatoriedade é “equivoco na doutrina brasileira”, mas seus contornos são imposição constitucional com base no artigo 129, inciso I e da norma do *due process of law* (art. 5º, LIV)¹². Assim, a decisão afirma que “a separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal”, utilizando-se, para tanto, da doutrina de Luigi Ferrajoli¹³. A referida legislação impugnada determina que “as atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado”. Ou seja, autoriza-se o Judiciário a atuar durante e, inclusive, antes da investigação preliminar. Aqui, o STF se posicionou por dar interpretação ao texto conforme à Constituição, assentando que a referida vara “tem legitimidade para exercer jurisdição durante ou mesmo anteriormente à instrução preliminar, desde que sua atuação se justifique para salvaguardar os direitos daqueles afetados pelos atos de investigação”¹⁴.

12 “O conceito de sistema acusatório é equivoco na doutrina brasileira. Sabe-se que sistema, na clássica definição de Canaris, é um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível que tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. *passim*). O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5o, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal.”

13 “A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. 3a ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).”

14 “Fica claro, diante dessas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, de modo a proteger os direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador. Na etapa administrativa da persecução penal, o indivíduo pode se ver manietado em sua locomoção ou sofrer restrição em seu patrimônio, motivo pelo qual não se pode afastar a atividade jurisdicional, que se encarregará de analisar a juridicidade das cautelares pessoais e reais.”

Já no Habeas Corpus n.º109.713, do dia 19 de fevereiro de 2013, julgado pela Primeira Turma do STF, com relatoria da ministra Rosa Weber, discutiu-se a impetração do remédio constitucional em substituição ao Recurso Ordinário Constitucional, assentando sua inadmissibilidade. Sobre a temática aqui em esboço, a decisão afirma, em resposta à tese defensiva de violação às regras do sistema acusatório em razão de oitiva de testemunhas arroladas de ofício pelo julgador, que tal modelo “não pressupõe magistrado como mero expectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*”¹⁵. Por certo, trata-se de afirmação problematizável, nos termos dos aportes teóricos que serão analisados neste estudo.

Posteriormente, no Habeas Corpus n.º 108.527, de 14 de maio de 2013, relatado na Segunda Turma do STF pelo ministro Gilmar Mendes, assentou-se que a regra do artigo 456 do CPP – a qual determina o prazo de 10 dias para a análise dos autos do processo pelo advogado constituído em caso de ausência de defensor sem motivo legítimo à julgamento pelo Tribunal do Júri – deve ser analisada com ponderação ao caso concreto, de modo a considerar seus aspectos formal e material, no respeito ao princípio da paridade de armas e à isonomia entre as partes. Conforme o julgado, trata-se de decorrência do respeito à ampla defesa, em harmonia ao sistema processual penal acusatório¹⁶. Na situação descrita, a análise do processo pelo defensor público nomeado se limitou a apenas quatro dos vinte e seis volumes, em razão da impossibilidade física e temporal, já que o prazo imposto foi de doze dias. Assim, reconheceu-se a violação à plenitude de defesa do réu e a nulidade do julgamento. Esse julgado, portanto, além de reafirmar a imposição do respeito ao contraditório e à ampla defesa, eluci-

15 “A possibilidade de o magistrado ouvir outras testemunhas, consoante artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal (“O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”) é, segundo lição de NUCCI, “decorrência do princípio da verdade real, vigente no processo penal, além de ser, ainda, consequência do princípio do impulso oficial” (Código de Processo Penal Comentado. 10a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 495). O sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal, em face da indisponibilidade da *res judicanda*, a exigir, assim, uma verdade não integralmente dependente da influência que, através de seu comportamento processual, as partes queiram sobre ela exercer (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 193-195).”

16 “Decorre do princípio da ampla defesa a necessidade de um justo equilíbrio entre as partes envolvidas em processo judicial ou administrativo. Esse equilíbrio (ou princípio da paridade de armas) está devidamente em harmonia com o sistema processual penal acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988.”

dou a importância da paridade de armas, do tratamento isonômico entre defesa e acusação como essencial ao sistema acusatório¹⁷.

Já o Habeas Corpus n.º 115.015, julgado pela Segunda Turma do STF em 27 de agosto de 2013, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, examinou caso de suposto crime contra a ordem tributária em que houve requisição de indiciamento pelo julgador após o início do processo com o recebimento da denúncia. Conforme a decisão, o ato de indiciamento se trata de formalização da convicção da autoridade policial no decorrer da investigação preliminar, afirmando que os indícios colhidos indicam a autoria do suposto crime¹⁸. Nesse sentido, inclusive, cita-se o parágrafo 6º do artigo 2º da Lei n.º 12.830/2013 (que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), o qual solidifica como privativo do delegado de polícia o ato de indiciamento, que deve ser necessariamente fundamentado. Assim, além de incompatível ao momento processual em questão¹⁹, a referida requisição é conflitante ao sistema acusatório, que “contemplado em nosso ordenamento jurídico, impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura tipicamente inerente à função investigatória”²⁰. Em 21 de maio de 2014, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104/DF, o plenário do STF deferiu por maioria, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, a suspensão do art. 8º da Resolução n.º 23.396 de 17 de dezembro de 2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que definia: “o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”. Conforme a

17 “A isonomia entre as partes deve ser vista tanto pelo aspecto formal, como pelo material, já que não basta a mera aplicação das regras inseridas na legislação processual penal sem sua ponderação com o caso concreto. Deve o magistrado conduzir o julgamento de modo que as partes, sempre, disponham de idênticas “armas” para acusar e/ou defender.”

18 “Não obstante a legislação processual penal seja silente a respeito, a doutrina penal define o indiciamento como sendo o ato de formalização da convicção, por parte da autoridade policial, que os elementos indiciários até então colhidos na investigação indiquem ser uma pessoa autora do crime.”

19 “Ressalte-se, ainda, que a decisão de recebimento da denúncia faz com que o então suspeito deixe de ser objeto das investigações e passe a figurar como réu na ação penal, o que demonstra a incompatibilidade entre o ato de recebimento da denúncia, que já pressupõe a existência de indícios mínimos de autoria, e a posterior determinação de indiciamento, ato que atribui a alguém no curso do inquérito a suposta autoria delitiva e que visa a subsidiar o oferecimento da peça acusatória.”

20 “Ao impor à autoridade responsável pelas investigações quem ela deve considerar como autor do crime, o órgão Judiciário se sobrepe, em tese, as suas conclusões, sendo essa, a toda evidência, atribuição estranha à atividade jurisdicional e que não se coaduna com o sistema acusatório imposto pela Constituição de 1988.”

decisão, tal dispositivo implementava um indevido controle judicial prévio sobre a condução das investigações, o que acarretaria violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Ao reconhecer que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório”, o Tribunal afirmou que se impõe uma separação rígida entre as tarefas de investigar/acusar e a função de julgar²¹. Importantes premissas foram assentadas nos itens 8 a 12 do voto relator, o qual, a partir de tal núcleo central do sistema acusatório, afirmou duas consequências “de especial significado constitucional”: 1) o juiz não pode exercer um papel ativo na fase de investigação e acusação; e, 2) em prol da paridade de armas entre acusação e defesa, “cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível”. Assim, conclui: “ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual”.

Por fim, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 120.379, julgado pela primeira turma do STF em 16 de agosto de 2014, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou por maioria que, em discutida matéria sobre o tema da correlação entre acusação e sentença, o julgador determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes no relatório policial após a manifestação do órgão acusador. Conforme o julgado, “o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar”²².

21 “A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.”

22 Conforme o voto do relator: “Houve flagrante violação do princípio acusatório, pelo qual o Ministério Público é o autor da ação penal e detentor da *opinio delicti*. Ao determinar o aditamento da denúncia o Juízo adentrou na esfera própria e exclusiva da acusação. É dever do Ministério Público, diante da conclusão de investigação criminal, emitir a *opinio delicti*, seja oferecendo denúncia, determinando a continuidade das diligências ou manifestando-se sobre o arquivamento formal ou material dos autos.”

3. Aprofundamentos acerca da acusatoriedade no processo penal democrático: o desvelamento do núcleo fundante diferenciador na dicotomia dos sistemas processuais

Após a exposição dos julgados acerca do “sistema acusatório” no processo penal conforme a visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no período entre 2010 e 2014, este tópico desenvolverá o arcabouço teórico apto a estruturar estudo crítico de tal posicionamento. Para tanto, inicialmente apresentar-se-á breve revisão histórica sobre os sistemas processuais, a qual assentará as bases comumente utilizadas pela doutrina pátria no exame do tema. Posteriormente, aprofundar-se-á a análise a partir das discussões e controvérsias expostas pela doutrina brasileira, o que fomentará a solidificação das críticas apontadas.

3.1. Breve introdução histórica: a descrição clássica da dicotomia acusatório/inquisitivo

Geralmente, o estudo dos sistemas processuais penais inicia-se a partir de análises de cunho histórico, descrevendo-se as características dos modelos de justiça criminal da antiguidade até os tempos atuais. Aqui, contudo, não se pretende empreender retrospectiva histórica pseudo-linear, a qual caracteriza motivo de acertada crítica doutrinária²³. Portanto, desde já importante frisar a inexistência de linearidade no desenvolvimento dos modelos descritos: realizar-se-á breve revisão bibliográfica acerca das considerações históricas avaliadas pertinentes dentre aquelas comumente apontadas pela doutrina, almejando posteriormente problematizar os conceitos “acusatório” e “inquisitivo”²⁴. Nesse diapasão, com o objetivo de traçar as características dos sistemas processuais penais como “arquétipi-

23 “O fenômeno dos sistemas processuais, é de bom alvitre frisar, não pode se resumir a uma compilação de textos históricos, investigados no presente, tentando-se atribuir um fio de sentido a perpassa-los. De forma amíúde os juristas procuram enfrentar uma ‘evolução’ histórica, oferecendo uma pretensa continuidade justamente onde esta não pode ser encontrada.” (GLOECKNER, 2013, p. 133).

24 Importante esclarecer que os termos “inquisitivo”, “inquisitório” e “inquisitorial” serão utilizados indistintamente durante este trabalho. Embora parte da doutrina realize distinção entre inquisitório (ao acusatório e ao misto) e inquisitorial (em oposição ao adversarial), discorda-se da suposta dicotomização da classificação dos sistemas processuais. Ilustrativamente, já que não sustentada neste trabalho, ver para uma tentativa de distinção entre tais denominações: ZILLI, 2003, p. 36, nota 07.

pos históricos”²⁵, costuma-se descrever espaços temporais de surgimento e prevalência de cada modelo, algumas vezes notando-se a possibilidade de coexistência simultânea, mas, geralmente, apontando-se características opostas em seus contornos²⁶.

A doutrina processual penal majoritária afirma que, na antiguidade²⁷, teria surgido o *sistema acusatório*, o qual figurou como predominante nos cenários jurídicos grego e romano²⁸. Em regra, são apontadas as seguintes características: separação de funções entre acusador e julgador, oralidade, publicidade, presunção de inocência, prisão cautelar como exceção, juiz passivo e contraditório²⁹. Também se afirma que, em geral, o julgamento se realizava em tribunais populares, a partir do sistema de valoração de provas com base na íntima convicção, sem a necessidade de motivação³⁰.

Posteriormente, com a ascensão do regramento adotado pelo direito canônico e a necessidade de fortalecimento do poder estatal na fase de decadência do império romano³¹, aponta-se a disseminação do *sistema inquisitivo*³², inicialmente em casos excepcionais³³, com seu triunfo e popularização no período da Idade Média em meio à Inquisição Católica³⁴. Tal

25 FAIREN GUILLEN, 1970, p. 230, tradução livre.

26 PACELLI, 2012, pp. 9-13; FERRAJOLI, 2014, pp. 519-520.

27 Em análise mais detalhada dos sistemas processuais na antiguidade, ver: PRADO, 2006, pp. 69-78.

28 “O sistema acusatório, com essas características históricas, vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Somente no século XII entrou em declínio, passando a vigorar o processo inquisitivo.” (BADARÓ, 2013, p. 27). Assim, também: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; FERRAJOLI, 2014, p. 520. De modo diferente, conforme Clara Roman Borges, o sistema acusatório foi “concebido também na Idade Média com a criação do Tribunal do Juri na Inglaterra”. (BORGES, 2013, p. 149).

29 Nesses termos, em geral: BADARÓ, 2013, p. 26; ARMENTA DEU, 2012, p. 22; LOPES JR., 2012, pp. 117-118; PRADO, 2006, p. 75; ILLUMINATI, 2008, pp. 138-139; GLOECKNER, 2013, pp. 147-148.

30 BADARÓ, 2013, p. 27.

31 “Resumindo, o processo inquisitivo se desenvolveu juntamente à aparição do Estado e da necessidade de fortalecer a segurança jurídica e a eficácia da justiça penal, em que a pena não satisfará interesses particulares de vingança, mas sim dissuasórios ou em caso de reabilitação, resultando determinante em qualquer caso não deixar à discricionariedade privada o exercício da ação e com ela a persecução dos delitos.” (ARMENTA DEU, 2012, p. 24, tradução livre). Assim, também: BACHMAIER WINTER, 2008, p. 16.

32 Sobre suas características detalhadas e percurso histórico de afirmação, ver: SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 28-52.

33 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; ILLUMINATI, 2008, p. 140; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

34 “Esta evolução veio a culminar, por influência do estabelecimento da Inquisição em Portugal (1536) e da sua forma própria de processo, nas Ordenações Filipinas, que, relativamente aos crimes mais graves, mandavam seguir a ‘ordem natural do juízo’, sem outra preocupação que não fosse a de alcançar a certeza do delito, a identificação do agente e a sua confissão.” (DIAS, 2004, p. 64). Sobre a origem da Inquisição e sua delimitação temporal, ver: BOFF, 1993, pp. 13-14; THUMS, 2006, pp. 201-230.

cenário é descrito por Nicolau Eymerich em seu Manual dos Inquisidores, que relata o processo canônico de combate à heresia³⁵, ressaltando o poder do juiz inquisidor ao atuar como parte, investigador, diretor, acusador e julgador³⁶. Assim, majoritariamente sustenta-se que suas características são: concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, inexistência de contraditório, segredo, escrito, prisão do acusado durante o processo, que era tido como objeto das investigações, e a busca da verdade real³⁷. Desse modo, desenvolveu-se um sistema estruturado de imposição do poder punitivo estatal³⁸, que, por meio de uma pretensa racionalização da valoração probatória³⁹, consolidou a confissão obtida por meio de tortura como rainha das provas⁴⁰.

Conforme a descrição apresentada pela doutrina processual penal, a suposta superação de tal modelo se deu a partir do surgimento do Código de Processo Penal francês de 1808⁴¹, que inaugurou o intitulado *sistema misto*⁴². Trata-se do Código Napoleônico, que “se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório”⁴³, prevendo uma fase anterior de caráter inquisitivo – que ocorre sem a mediação dos sujeitos processuais e almeja a busca de elementos para informar o Estado e embasar a futura acusação – e, posteriormente, uma etapa processual acusatória⁴⁴, com a devida repartição das funções, publicidade, oralidade e efetivação do contraditório⁴⁵.

35 EYMERICH, 1993, pp. 113-209.

36 KHALED JR., 2010, p. 295.

37 Assim, em termos gerais: BADARÓ, 2013, p. 28; LOPES JR., 2012, pp. 121-122; DIAS, 2004, p. 62.

38 “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.” (COUTINHO, 2001, p. 18).

39 BACHMAIER WINTER, 2008, p. 19.

40 Em profunda análise histórica acerca da tortura empreendida na justiça criminal no período entre os séculos XVI e XVIII, ver: SABADELL, 2006. Sustentando que a tortura também ocorria no processo acusatório inglês: VOGLER, 2008, p. 183. Contudo, Jacinto Coutinho esclarece: “A inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justifica-la: os mecanismos do sistema inquisitório” (COUTINHO, 2001, p. 30). Em análises históricas acerca da tortura no processo penal, ver: LANGBEIN, 1977; DAMAŠKA, 1978.

41 Antes disso, aponta-se que com a Revolução Francesa houve uma opção pelo retorno ao modelo acusatório, especialmente a partir da valorização do julgamento popular pelo Tribunal do Júri, o que, entretanto, não prolongou por muito tempo. Ver: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 94; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

42 BADARÓ, 2013, p. 29; ARMENTA DEU, 2012, p. 25; SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 52-60.

43 BORGES, 2013, p. 149.

44 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522; FAIREN GUILLEN, 1970, p. 237.

45 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 85.

3.2. O sistema acusatório imposto pela Constituição brasileira de 1988 e as controvérsias acerca de suas consequências

Embora a imposição normativa prevista na Constituição brasileira – a qual estrutura um modelo com feições quase que pacificamente descritas pela doutrina como aderentes a um sistema acusatório⁴⁶ –, os contornos das consequências dessa opção são conflitantes nos estudos pátrios. Majoritariamente, sustenta-se que a acusatoriedade se caracteriza pela separação formal entre as funções de acusar, julgar e defender, que devem ser atribuídas a órgãos distintos⁴⁷. Conforme Ada Grinover, três são os corolários de tal afirmação: 1) em regra, os atos praticados em investigação preliminar não podem ser considerados provas; 2) a jurisdição não pode ser iniciada de ofício; e, 3) o processo deve transcorrer em contraditório pleno diante de juiz natural⁴⁸. Entretanto, tal corrente doutrinária afasta a proibição de iniciativa probatória ao julgador, aceitando tal atuação subsidiariamente, sem acarretar qualquer violação à imparcialidade do juiz⁴⁹. Em âmbito estrangeiro, posição semelhante é descrita por Figueiredo Dias ao denominar a estrutura do processo português como “basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”⁵⁰, pois, conforme o autor, embora caracterize-se pela inexistência de partes, afasta-se por completo a rotulação total ou parcialmente inquisitória⁵¹.

Por outro lado, intensos são os questionamentos a essa construção clássica, os quais partem da necessidade de busca de um princípio reitor do sistema processual, inviabilizando a descrição de um modelo misto em

46 MARINHO MARQUES, 2009, p. 148; RANGEL, 2008, p. 51; BADARÓ, 2013, p. 30.

47 BADARÓ, 2003, pp. 102-109; GRINOVER, 2000, p. 78.

48 GRINOVER, 2000, p. 78.

49 BADARÓ, 2008, pp. 38-39; GRINOVER, 2000, pp. 78-81.

50 DIAS, 2011, p. 14; DIAS, 2004, p. 71. De modo semelhante, se referindo ao processo penal brasileiro como “acusatório com laivos de inquisitivo”: TOURINHO FILHO, 2012, p. 118.

51 “Tudo quanto fica apontado servirá para convencer que a estrutura fundamental do processo penal português é, tipicamente e em princípio, a de um processo sem partes. Do nosso ponto de vista porém, e como já atrás pusemos suficientemente em relevo, grave erro cometeria quem se servisse dessa conclusão para aparentar o nosso processo penal com as notas constitutivas de um modelo inquisitório, ou mesmo com as de um modelo misto que comungasse de notas acusatórias e inquisitórias. O nosso processo penal é basicamente acusatório e simplesmente integrado por um princípio de investigação; tanto a conformação dinâmica que possui como a dialéctica própria que nele vive o afastam por completo de uma estrutura processual total ou parcialmente inquisitória.” (DIAS, 2004, p. 254).

sua essência⁵². A partir da percepção de que, em verdade, tratam-se de produtos culturais, e não fenômenos da natureza, configura-se a imprescindibilidade da determinação de um núcleo fundante como opção teórica para o enfrentamento do tema⁵³. Contudo, não se trata de um regresso à pretensão de esquematização de modelos puros⁵⁴, mas o desvelamento da falácia do denominado sistema misto, que, em seus termos, oculta sua real propensão inquisitiva, a qual resta clarificada com a determinação do seu núcleo⁵⁵.

Conforme a doutrina que questiona a referida visão clássica, com base no reconhecimento da função do processo penal de buscar a reconstituição de um fato histórico, afirma-se que o princípio reitor do sistema processual é determinado pelo regramento acerca da produção probatória⁵⁶, notadamente pela atuação dos atores do campo jurídico-penal que guiam o desenrolar da instrução a partir da iniciativa para sua formação⁵⁷. Portanto, o núcleo fundante para a diferenciação da dicotomia acusatório/inquisitivo seria a gestão da prova⁵⁸, de um lado restringindo-se tal poder às partes e solidificando-se o papel de espectador do julgador, e de outro depositando nas mãos do juiz (ator/inquisidor) a gestão do lastro probatório, o que autoriza a sua iniciativa para produção dos elementos que fundamentarão sua futura decisão⁵⁹. Desse modo, não existe a possibilidade de um núcleo

52 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 86.

53 GLOECKNER, 2013, p. 140.

54 "Não se trata de argumentar pela consolidação de um 'sistema puro', mas de fixar um núcleo que permita qualificar um processo penal como democrático, isto é, um sistema penal construído a partir do princípio acusatório, a considerar, como disse Rui Cunha Martins, que a acusatoriedade é o modo instrumental de garantir a democraticidade do sistema." (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Nesse sentido, também: GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 340. Além disso, ver: MARTINS, 2011, pp. 92-96.

55 COUTINHO, 2001a, pp. 17-18.

56 LOPES JR., 2012, p. 134; COUTINHO, 2001a; p. 28.

57 Ressaltando a insuficiência de outros critérios distintivos, Giulio Illuminati aponta: "É preciso destacar neste ponto que a ausência de acusação privada e a consequente iniciativa do processo de ofício pelo juiz já não vão constituir elemento que caracterize o sistema. O exercício da ação vem atribuído a um órgão distinto do juiz – o ministério público – sem que isso por si só exclua que se trate de um processo de tipo inquisitivo. Mais adequadamente começa a surgir o significado mais atual da antítese, representado pelo modo de prática da prova." (ILLUMINATI, 2008, p. 141, tradução livre).

58 COUTINHO, 2001a, p. 28; COUTINHO, 2001b, p. 24; COUTINHO, 2010, p. 27; LOPES JR., 2012, p. 134; SILVEIRA FILHO, 2013, p. 11; GLOECKNER, 2013, p. 177; CARVALHO, 2010, p. 87-88; ROSA, 2014, p. 51; MELCHIOR, 2013, p. 142.

59 "Aqui entra a questão da gestão da prova como expressão estrutural do princípio unificador. A análise da gestão da prova é o que permite identificar um processo penal de partes, tanto do ponto de vista estático/formal quanto do ponto de vista dinâmico/material. A depender de quem exerça a gestão da prova, o

fundante misto⁶⁰; há, na verdade, modelos com traços de ambos sistemas, mas que se regem por um determinado princípio reitor, seja acusatório ou inquisitivo, conforme o critério da gestão da prova⁶¹. Tal hipotético sistema misto seria caracterizado pela existência de duas fases, uma investigatória preliminar inquisitiva e outra processual acusatória, em regra denominada júízo oral⁶². Entretanto, é exatamente aí que reside o ponto ensejador de diversas críticas, ao passo que a primeira etapa determinaria todo o desenvolvimento do processo, ou seja, configura-se um “simulacro de processo acusatório”⁶³, um “monstro de duas cabeças” em que a segunda etapa se torna “mera repetição ou encenação da primeira fase”⁶⁴.

Por certo, a questão de maior controvérsia no debate doutrinário brasileiro acerca dos sistemas processuais penais é a possibilidade de iniciativa probatória do julgador e sua relação com a configuração do sistema acusatório. Conforme o posicionamento aqui intitulado clássico, os poderes instrutórios conferidos ao juiz não se relacionam com a essência do modelo processual⁶⁵, mas com o caráter público e com a função social do processo⁶⁶. Justificada por uma pretensa busca pela verdade que permitiria uma

princípio unificador será inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão das provas nas mãos das partes).” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Também nesse sentido: LOPES JR., 2012, pp. 134-136; COUTINHO, 2001a, pp. 28-29. Sobre as perspectivas estática e dinâmica, ver: PRADO, 2006, pp. 102-153.

60 “A ausência de um princípio unificador que seja capaz de reger os componentes do sistema permite concluir que o chamado sistema misto é uma falácia do ponto de vista de uma teoria dos sistemas.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 84). Assim, também: GLOECKNER, 2013, p. 142; THUMS, 2006, p. 213.

61 “O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjunção dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.” (COUTINHO, 2001b, pp. 17-18). Nesse sentido, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 176-177.

62 FERRAJOLI, 2014, p. 521.

63 ILLUMINATI, 2008, p. 145.

64 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522. Nesse sentido, também: BOVINO, 1998, p. 06.

65 “(...) havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá a missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema.” (BADARÓ, 2003, pp. 112-113). Assim também em: BADARÓ, 2008, pp. 38-39. Conforme Marcos Zilli: “(...) não haveria qualquer incompatibilidade no estabelecimento de poderes instrutórios ao juiz em uma forma processual penal que se adequasse ao padrão acusatório, desde que as atividades de acusar e julgar permanecessem em mãos distintas. Em suma: o enfrentamento da questão não passaria pela análise detida das características inerentes ao sistema acusatório.” (ZILLI, 2003, p. 26).

66 GRINOVER, 2000, pp. 79-80.

postura ativa do julgador⁶⁷, tal autorização não violaria a imparcialidade decisória⁶⁸, sendo limitada a casos subsidiários⁶⁹. Entretanto, pensa-se que esses argumentos são problematizáveis⁷⁰: por um lado, o caráter público do processo penal não legitima a atuação instrutória do juiz, ao passo que tal justificativa era adequada em um modelo em que a acusação fosse de iniciativa privada, mas não com um órgão oficial (Ministério Público) encarregado de realizar a persecução penal e legitimado a resguardar os interesses públicos⁷¹, além de que, conforme Alberto Bovino, tal caráter não afasta o interesse acusatório na iniciativa probatória persecutória⁷². Além disso, a pretensa busca pela verdade autorizadora da ação ativa para fundamentação da decisão penal é criticada e restringida em um processo penal democrático, não tendo o condão de corroborar essa usurpação da atividade pelo julgador⁷³.

67 "(...) independentemente de provocação das partes, movido pela necessidade de descobrir a verdade, o juiz pode determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, portanto, durante o andamento da ação penal, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BARROS, 2013, p. 164).

68 GRINOVER, 2000, p. 81; BADARÓ, 2003, p. 119; ARMENTA DEU, 2012, p. 50; ZILLI, 2003, pp. 143-145.

69 "Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um 'buscador' de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário – o testemunho – para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade." (BADARÓ, 2003, pp. 119-120). Sustentando a legitimação do poder instrutório do julgador em uma suposta limitação pelas regras do devido processo penal: ZILLI, 2003, pp. 133-134.

70 "Pela análise que se propõem os defensores de um sistema acusatório (ou inquisitório) reformado, não é difícil perceber que as degenerações permitidas pela amplitude de tais poderes instrutórios têm o mesmo efeito de sedante psíquico da posição assumida pelo inquisidor nos sistemas inquisitivos maximizados." (GLOECKNER, 2013, p. 182).

71 THUMS, 2006, p. 252.

72 "As faculdades inquisitivas reconhecidas aos juízes costumam ser justificadas apelando à existência de interesse público na persecução dos fatos puníveis – e à sua consequência natural, o princípio da legalidade processual –. Entretanto, o caráter público desse interesse não exclui, nem pode excluir, o caráter interessado da persecução penal. O interesse persecutório, por outro lado, se opõe ao interesse do imputado em resistir a persecução, ou seja, em defender-se da imputação formulada contra ele." (BOVINO, 2005, p. 47, tradução livre).

73 "No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação 'detentor da verdade de um crime', e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrai-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'." (LOPES JR., 2012, p. 136). Sobre isso, ver: KHALED JR., 2013; MOREIRA, 2005, pp. 66-67.

Outro motivo para a referida permissão ao juiz é uma suposta tentativa de equilíbrio entre as partes, visando à igualdade de armas⁷⁴, o que, em regra, une-se à crença de que a prova produzida pode beneficiar o acusado, pois não se saberia o seu resultado no momento da proposição⁷⁵. Por certo, não se pode concordar com esses argumentos: na dúvida, deveria vigorar o *in dubio pro reo*⁷⁶, o que atesta o caráter inevitavelmente prejudicial ao acusado da iniciativa judicial, de modo que o desejo de agir do juiz resta contaminado⁷⁷. Nesse sentido, também não se pode limitar a busca probatória pelo julgador a elementos que somente favoreçam o acusado⁷⁸, pois, conforme Ricardo Gloeckner, aqui também deveria ter se colocado anteriormente a absolvição do acusado em razão da dúvida, ou seja, tal argumento ingenuamente legítima a opção autoritária⁷⁹. Embora não se possa negar a tendência normativa internacional em favor da autorização da postura ativa do julgador⁸⁰ e, até certo ponto, uma preferência contemporânea nesse sentido⁸¹, conclui-se pela imprescindibilidade do afastamento do juiz da disputa entre as partes, o que proíbe sua iniciativa probatória, ainda que subsidiária, visto que tal autorização, mesmo que limitada, abre brechas para potencialidades autoritárias e violações à imparcialidade da decisão⁸². Ou seja, embora aqui tenha-se como cristalina a incompatibilidade da produção de provas pelo julgador em um processo penal democrático, àqueles que restam em dúvida em relação à potencialidade violadora de tal autori-

74 GRINOVER, 2000, p. 81.

75 BADARÓ, 2003, p. 120; GRINOVER, 2000, p. 81; ZILLI, 2003, p. 151.

76 MARINHO MARQUES, 2009, p. 149.

77 “Ora, não importa se o juiz sabe (tem a consciência) de que parte processual a sua atuação ativa irá beneficiar ou o que resultará de sua iniciativa (objeto extraído); o importante é o que antecede este momento, o que precede e prescinde ao seu discurso, qual seja o desejo que move o ato de se comportar ativamente. Isto é particularmente problemático na contemporaneidade, a teor do que esta investigação tem demonstrado quanto à postura tendencialmente persecutória de alguns julgadores, desdobramento da *persona* de secretário de segurança pública incorporada.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 75, nota 40). Sobre tal crítica, ver também: MELCHIOR, 2013, p. 162, notas 552 e 553.

78 Essa é a proposta de Rômulo Andrade, aceitar excepcionalmente a iniciativa judicial probatória quando provar a inocência do acusado (MOREIRA, 2005, p. 68).

79 GLOECKNER, 2013, p. 175.

80 ILLUMINATI, 2008, p. 157.

81 Sobre os motivos de tal preferência, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 187-190.

82 THUMS, 2006, p. 240. Aqui impõe-se comparação com o período em que o processo romano ordinário era acusatório, mas admitindo-se certas exceções em que o juiz poderia iniciá-lo de ofício. Conforme Giulio Illuminati, progressivamente tais poderes foram sendo ampliados em razão de tal espaço de abertura. (ILLUMINATI, 2008, p. 140)

zação, dever-se-ia impor a seguinte conclusão: na dúvida, tanto em relação a um caso concreto, quanto em face a uma construção doutrinária, deve-se escolher a opção que limite o poder estatal.

Ainda nessa discussão, há quem, embora critique tal poder instrutório ao julgador, preveja exceção ao autorizar que ele realize perguntas durante um interrogatório ou um depoimento de testemunha⁸³. Essa possibilidade é aceita inclusive em ordenamentos jurídicos vistos como acusatórios (ou ao menos com essa pretensão), como os Estados Unidos e Itália, que apresentam previsão que possibilita a atividade do juiz no questionamento⁸⁴, além de que assim também dispõe o projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009)⁸⁵. Tal cenário é ainda mais proeminente para o fortalecimento do julgador na Alemanha, em que todo o poder instrutório nele se concentra, restando às partes a possibilidade de intervenções supletivas⁸⁶.

Para averiguar as consequências desse panorama, Bernd Schünemann desenvolveu pesquisa empírica com juízes e promotores, almejando determinar os benefícios ou prejuízos da postura ativa do julgador, na qual se concluiu que a possibilidade de questionamento às testemunhas aprimora o julgamento ao aumentar a atenção dispensada pelo juiz à produção da prova⁸⁷. Pensa-se, entretanto, que tal afirmação desfoca o cerne do problema, que, nesse caso, é a desatenção do julgador, o que deve ser resolvido por meio da mudança de postura dos atores do campo jurídico-penal. Ou seja, a possibilidade de questionamento não tem relação direta com a atenção dispensada pelo juiz, mas indireta, ao passo que acarreta, na verdade, sua intromissão na disputa das partes pelo convencimento na decisão. Além disso, pode-se dizer que a gestão das provas pelas partes é decorrência do modelo acusatório, pois nesse o juiz não tem contato com elementos investigatórios em momento anterior à produção probatória no juízo oral⁸⁸. Assim, o julgador não tem conhecimento dos fatos em discussão para ser capaz de guiar um interrogatório ou um depoimento de testemunha, por

83 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151; ILLUMINATI, 2008, p. 157.

84 PIZZI; MONTAGNA, 2004, pp. 447-448.

85 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151.

86 SCHÜNEMANN, 2013, p. 225.

87 SCHÜNEMANN, 2013, p. 212.

88 DAMAŠKA, 1997, pp. 850-851.

exemplo, pois quem tem o contato com o caso e com suas possíveis teses são as partes, que devem ficar encarregadas da produção de provas⁸⁹.

Ademais, outro argumento em favor da possibilidade de iniciativa probatória pelo julgador relaciona-se com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, apontado majoritariamente pela doutrina brasileira como reitor do sistema pátrio⁹⁰. Conforme descrito por Geraldo Prado, há quem sustente que, para assegurar a efetividade do referido preceito – o qual, em breves termos, impõe dever ao acusador público de propor a denúncia sempre que tiver informações suficientes do cometimento de um crime – deve-se possibilitar a atitude ativa do juiz, para suprir eventual deficiência na instrução do processo, já que não há como obrigar o representante do Ministério Público a produzir as provas necessárias⁹¹. Contudo, pensa-se que tal pretensa relação não se justifica, visto que, além dos possíveis questionamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação⁹², a estruturação democrática da instituição do Ministério Público, cujos representantes devem pautar suas posturas em respeito à legalidade e ao interesse público, afasta qualquer ilusória pretensão de que eventual falha possa ser suprida pelo magistrado, já que tal controle deveria ser interno no âmbito do próprio órgão ministerial⁹³. Além disso, os riscos à imparcialidade do julgador trazidos pela autorização de sua atuação probatória no processo não justificam a ilusória busca pela concretização da obrigatoriedade⁹⁴.

89 Conforme pesquisa empírica desenvolvida acerca da eficácia dos sistemas inquisitivo e acusatório para a produção do lastro probatório que possibilite uma decisão adequada, concluiu-se que, em um cenário onde ambas partes têm acesso à informação (descrição que parece ser caracterizada com o inquérito policial brasileiro documentado), o processo de partes se mostrou apto (e até melhor que o inquisitorial) para o fornecimento de provas ao julgador (BLOCK; PARKER; VYBORNA; DUSEK, 2000, pp. 172-189).

90 JARDIM, 1998, pp. 92-99.

91 “O sistema do Código de Processo Penal pretende fechar as possibilidades de manipulação da obrigatoriedade da ação penal pública ao interditar ao Ministério Público a faculdade de desistir da ação penal proposta. O fechamento, porém, não seria eficaz se também não se pudesse contemplar a «obrigatoriedade» da produção da prova. Com efeito, em um regime jurídico de obrigatoriedade da ação penal pública, por consideração de uma «razão de estado», como será visto, o sistema do Código necessitou atribuir poderes de instrução ao juiz para compensar eventuais déficits na atuação probatória do Ministério Público.” (PRADO, 2014, p. 22).

92 Em crítica ao princípio da obrigatoriedade, ver por exemplo: BINDER, 2005, pp. 205-217.

93 Sobre a consolidação da instituição do Ministério Público no processo penal democrático, ver: JARDIM; AMORIM, 2013, p. 48; CARVALHO, 2009, p. 173.

94 Diversos são os autores que apontam o caráter ilusório da crença no princípio da obrigatoriedade diante da complexidade das cifras ocultas e dos mecanismos de seleção na justiça criminal. Ver, exemplificativamente: BOVINO, 2005, pp. 19-20.

4. Considerações Finais

A partir da análise empreendida acerca dos posicionamentos recentes do Supremo Tribunal Federal conclui-se que, na visão do julgador máximo brasileiro, os contornos do modelo acusatório estão intimamente relacionados com a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Além disso, pode-se apontar que, nos termos expostos nas decisões referidas, o núcleo da acusatoriedade diz respeito à separação das funções de acusar, julgar e defender a atores diferentes do campo jurídico-penal⁹⁵. Contudo, percebe-se tendência restritiva a tal diretriz, limitando sua plena incidência somente à fase pré-processual da persecução penal, de investigação preliminar, em que se afirma cristalinamente a posição passiva do julgador na função de garante de direitos fundamentais. Assim, enfraquecendo a separação das funções de acusar e julgar, aceitou-se, inclusive, a iniciativa instrutória do julgador, em casos subsidiários, arrolando testemunhas de ofício e realizando questionamentos durante oitiva.

Desse modo, pode-se afirmar que tais julgados se pautaram pela busca de conformidade constitucional, consolidando o mandamento da implementação de um processo penal acusatório, em que o Ministério Público é o órgão oficial encarregado da acusação pública, dentro das regras do devido processo legal. Contudo, a relativização à separação das funções, que autoriza a atuação do julgador na formação do lastro probatório que irá embasar sua própria decisão posterior, deve ser questionada a partir dos apontamentos críticos desenvolvidos no segundo tópico do estudo.

Portanto, pensa-se que a concretização da acusatoriedade, base de um processo penal democrático constitucionalmente e convencionalmente orientado, carece da elucidação do núcleo fundante que determina a dicotomia acusatório/inquisitivo⁹⁶. Ou seja, a efetiva separação das funções de acusar e julgar, a qual é pressuposto para a imparcialidade do julgador⁹⁷,

95 Nesse sentido: "Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial para julgar." (BADARÓ, 2003, p. 112).

96 Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, 2014, pp. 91-165.

97 Frisa-se que a imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação não há qualquer possibilidade de defesa efetiva. Conforme Antonio Melchior, a imparcialidade é "condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num processo penal democrático (MELCHIOR, 2013, p. 165). Sobre imparcialidade do julgador e seus contornos contemporâneos ver: MAYA, 2011; GIACOMOLLI, 2014, pp. 231-256.

depende de sua realização material, além da previsão normativa/formal, o que impõe a caracterização de um julgador garante das regras do devido processo em respeito aos direitos fundamentais, afastado da arena de disputa entre as partes no jogo processual.

Referências Bibliográficas

- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal em Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo, Reflexiones acerca del proceso penal. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BINDER, Alberto M.. Legalidad y oportunidad. In: BAIGÚN, David et al.. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. pp. 205-217.
- BLOCK, Michael K.; PARKER, Jeffery S.; VYBORNA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. In: *American Law and Economics Review*, v. 2, n. 1, pp. 170-194, 2000.
- BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir (prefácio). In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, pp. 147-171, ano 21, set.-out./2013.
- BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.
- _____. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

- CARVALHO, Luís Gustavo G. C.. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, p. 26-51, 2001a.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.
- _____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal*. (Por Prefácios Seleccionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan. The death of legal torture. In: *The Yale Law Journal*, vol. 87, pp. 860-884, 1978.
- _____. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, p. 839-852, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado). In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan./jun. 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme

- a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____; AMORIM, Pierre Souto. *Direito Processual Penal*. Estudos e pareceres. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? In: *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 02, pp. 293-308, mai./ago. 2010.
- _____. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013
- LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- LANGBEIN, John. *Torture and Law of Proof*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: *Boletim Informativo IBRASPP*, São Paulo, ano 03, n. 05, pp. 34-36, 2013/02.
- MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set./2009.
- _____. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a duali-

- dade sem demarcá-la. In: *Boletim IBRASPP*, São Paulo, ano 3, n. 04, p. 15/17, 2013/01.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The brazilian lessons*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção: da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *O Juiz e a Prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 17, pp. 63-76, jan./mar. 2005.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. In: *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, pp. 429-466, 2004.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. In: *Revista dos Tribunais*, v. 842, pp. 413-435, 2005.
- SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 1. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

Recebido em 25 de julho de 2015

Aceito em 11 de janeiro de 2016

De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal

*Whom the Dissenters Dissent From:
Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court*

Virgílio Afonso da Silva*

Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

A existência de decisões não unânimes em órgãos colegiados é inevitável. Mais do que isso, a não unanimidade é quase uma tendência natural, especialmente em se tratando de órgãos que decidem questões moral e politicamente polêmicas. Ainda assim, no caso de tribunais constitucionais e supremas cortes, há uma enorme variação na frequência com que as divergências se tornam públicas e há também tribunais que não permitem que o dissenso interno seja conhecido pelo mundo externo¹.

A literatura sobre votos divergentes em tribunais superiores é vastíssima, em diversos idiomas. De forma geral, é possível afirmar que a tendên-

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (vas@usp.br). A pesquisa que deu origem a este artigo teve financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo FAPESP 2011/01066-0). Partes do resultado da pesquisa foram apresentados e discutidos no Seminário de Pesquisa que organizo em conjunto com os professores Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo na Faculdade de Direito da USP. Agradeço aos participantes os comentários que ajudaram a melhorar o texto. Gostaria também de agradecer a Guilherme Benages Alcantara e Tatiana Alvim a hospitalidade em Brasília durante às minhas visitas ao Supremo Tribunal Federal.

1 Para um panorama acerca desse tema nos tribunais constitucionais europeus, cf. KELEMEN, 2013. Salvo engano, não há estudo comparativo sobre a prática dos votos divergentes em tribunais constitucionais e supremas cortes na América Latina.

cia é ver a possibilidade de divergência com bons olhos. Se a divergência existe, seria um erro escondê-la, diria o argumento mais geral de todos. Outros argumentos frequentes sustentam que a possibilidade de divergência pública tende a respeitar mais a autonomia do juiz, possibilitar um maior diálogo do tribunal com a sociedade, aumentar a aceitação social das decisões judiciais e, por fim, e talvez como argumento mais recorrente, costuma-se dizer também que a divergência minoritária de hoje pode ser uma decisão à frente de seu tempo, com o potencial de se tornar opinião majoritária no futuro.

No Supremo Tribunal Federal, praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes. Mesmo naqueles casos em que a decisão final é unânime, há ao menos divergências argumentativas que podem ser relevantes. Esses são os votos que, em alguma cortes, são chamados de votos concorrentes, porque, embora não divirjam do resultado final, divergem do caminho para se chegar a ele. Talvez não haja (e se houver, são poucos) tribunais com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal². De forma geral, contudo, pouco se questiona esse fato. Ele costuma ser simplesmente encarado como um produto natural da tradição e da forma de decisão adotada no STF.

Este artigo não tem como objetivo fazer uma análise crítica dessa prática³. Este texto expõe parte dos resultados de uma pesquisa que pretendia compreender o que os próprios ministros do STF pensam da prática de-

2 Embora seja difícil encontrar estatísticas comparáveis entre si para subsidiar essa afirmação, o simples fato de que, nos casos mais importantes, mesmo decisões unânimes costumam ser a soma de 11 votos concorrentes parece ser um bom indicativo de que poucos tribunais têm tantos votos divergentes e concorrentes como o STF. Como afirmado, as estatísticas existentes são de difícil comparação. Por exemplo, no Tribunal Constitucional alemão, desde que os votos individuais (divergentes ou concorrentes) passaram a ser permitidos, em 1971, foram 154 decisões com votos individuais, em um universo de 2137 das decisões publicadas no repositório oficial, ou seja, apenas 7,2% das decisões têm algum voto individual (cf. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2014). No STF, dados mostram que, no caso das ADIs, por volta de 1/4 das decisões não são unânimes, isto é, contêm ao menos um voto divergente (cf. OLIVEIRA, 2012, p. 144). Como essa estatística inclui apenas a dicotomia unânime/não unânime, ela não permite identificar as inúmeras decisões unânimes com votos concorrentes. O número de decisões com votos individuais no STF é, portanto, muito maior do que 25% do total (no caso das ADIs). No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma corte notória por sua divisão ideológica, os votos divergentes também são frequentes e as decisões unânimes, menos comuns (cf., por exemplo, EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2012, p. 701: de 1946 a 2009, apenas 30% das decisões foram unânimes). Ainda assim, as divergências e concorrências são menos individualizadas do que no STF. Em outras palavras, uma decisão por 5 a 4 na Suprema Corte dos Estados Unidos pode ter apenas dois votos, o da maioria e o da minoria, enquanto que uma decisão por 6 a 5, no STF, tenderá a ter 11 votos individuais.

3 Para uma análise crítica, cf. SILVA, 2013, pp. 583-584.

liberativa e decisória desse tribunal⁴. No âmbito específico da divergência nas votações, procurou-se analisar (1) como os ministros explicam a quantidade de votos divergentes; (2) como eles avaliam essa grande quantidade de votos divergentes e concorrentes; (3) se eles veem alguma diferença entre voto divergente e voto vencido; (4) se existe alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir de forma explícita; e (5) como eles relacionam a publicação de tantas divergências e o grande volume de trabalho no tribunal. A cada uma dessas questões é dedicado um tópico deste artigo. Antes, contudo, faço uma pequena explicação sobre a pesquisa no âmbito da qual este texto se insere, especialmente de seus objetivos mais gerais e de sua metodologia.

2. A pesquisa e sua metodologia

Como dito acima, este artigo é parte dos resultados de uma pesquisa mais ampla, sobre a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal. Essa pesquisa baseou-se sobretudo em entrevistas com ministros do STF. Essas entrevistas não tinham o objetivo de saber o que se passa no interior da sala de julgamento, já que as sessões do STF são públicas e suas sessões plenárias, transmitidas ao vivo. As entrevistas tinham como objetivo compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam.

Como a forma de deliberação e decisão no STF é a mesma há décadas, cada novo ministro se vê, sem grandes possibilidades de variação, compelido a seguir o rito deliberativo ditado pela tradição e pelo regimento interno. Isso não significa, contudo, que todos os ministros encaram seu papel individual em uma instituição coletiva como o Supremo Tribunal Federal da mesma forma. Em outras palavras: as informações a que temos acesso por meio da extrema publicidade a que estão submetidas as atividades dos ministros do STF não são suficientes para compreender o papel que os próprios ministros pretendem desempenhar, tampouco nos dizem o que cada ministro pensa da atual forma de decisão nesse tribunal. Não é factível supor que todos os ministros tenham a mesma compreensão sobre o papel da colegialidade, dos votos divergentes, sobre a função do relator,

4 No âmbito da mesma pesquisa, já foi publicado um primeiro artigo, sobre o papel do ministro relator na deliberação no STF (cf. *Id.*, 2015).

sobre a importância de um pedido de vista ou sobre os efeitos da extrema publicidade na prática deliberativa do STF.

Essa parece ser uma lacuna na produção acadêmica sobre o Supremo Tribunal Federal. De um lado, temos acesso a uma quantidade cada vez maior de informações (via banco de dados na internet, TV Justiça, canal do STF no *You Tube* e até mesmo no *Twitter*), de outro, nem sempre sabemos o que aqueles que produzem essas informações (os ministros e ministras) pensam sobre a forma como elas são produzidas. As entrevistas tinham como função fornecer subsídios para conhecer melhor a prática deliberativa do STF a partir de um material não disponível até então.

Todas as entrevistas foram gravadas e depois transcritas. Antes de iniciar cada entrevista, foi assegurado ao entrevistado que as informações seriam usadas de forma anônima. Como o objetivo da pesquisa não é expor a opinião individual dos ministros, mas construir um cenário coletivo a partir de visões individuais, o anonimato nas declarações não compromete os resultados. Pelo contrário, ele tem o potencial de deixar os ministros à vontade para expor de forma mais sincera suas opiniões⁵.

Para manter o anonimato, os nomes dos ministros foram substituídos por letras. Embora não haja nenhuma ordem reconhecível nessas letras, uma divisão clara foi feita: as letras A a I representam ministros no exercício da função (no momento da entrevista), enquanto as letras N a U indicam ministros que, ao tempo das entrevistas, já estavam aposentados. Ao longo do texto, não faço distinção entre ministros e antigos ministros, a não ser nos casos em que isso tenha me parecido conveniente, para deixar alguma contraposição mais clara. De qualquer forma, é sempre possível saber se se trata de um antigo ministro ou de um ministro atual com base nas letras.

Como regra geral, a despeito de suas agendas congestionadas, os ministros foram extremamente receptivos aos objetivos da pesquisa. Em vários casos, dispuseram-se até mesmo a fazer mais de um encontro para que as entrevistas pudessem ser feitas no ritmo ideal. Como foram poucos os ministros que se recusaram a conversar, é possível supor que os resultados obtidos têm um grande potencial explicativo sobre a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal⁶.

5 Essa metodologia foi inspirada na metodologia usada por Uwe Kranenpohl em trabalho sobre o Tribunal Constitucional alemão (cf. KRANENPOHL, 2010).

6 Dentre os ministros e ministras que estavam no exercício de sua função durante a realização da pesquisa, apenas 4 se recusaram, apesar das inúmeras tentativas, a conceder entrevistas: Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Weber.

Este e os outros artigos que expõem os resultados da pesquisa - todos publicados ou a serem publicados em revistas de acesso livre⁷ - não têm o perfil tradicional de um artigo acadêmico na área jurídica. Não é objetivo deste texto nem defender normativamente uma tese sobre o processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal, nem ser descritivo a partir de uma perspectiva exclusivamente externa, tampouco fazer uma revisão de literatura sobre o tema investigado. O que se pretende, como foi delineado acima, é fazer uma tentativa de algo que poderia ser chamado de *descrição interna*. E, da mesma forma que as decisões do STF são o produto de 11 opiniões distintas que, de alguma forma, têm que se encaixar em um produto final, essa tentativa de descrição interna da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal também tenta construir a imagem de uma instituição a partir das opiniões individuais de seus membros. Com a diferença de que, no caso desta pesquisa, não são apenas 11 os ministros que formam o panorama geral, mas 17⁸.

Contudo, apesar de ser um texto que procura em grande parte apresentar as opiniões dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre questões ligadas à deliberação no tribunal, isso não transforma o artigo em uma simples colagem de opiniões. De um lado, há uma sistematização dessas opiniões, classificando-as e salientando as concordâncias e divergências; de outro, por mais que não fosse objetivo da pesquisa tomar partido em relação aos temas debatidos, em alguns momentos foi necessário expor certas contradições presentes nos depoimentos ou ainda deixar explícitos eventuais problemas fáticos a eles ligados.

Uma última explicação sobre a pesquisa e as entrevistas é necessária: o objeto das conversas não era a atitude dos ministros em todas as dezenas de milhares de decisões anuais. O foco eram exclusivamente as decisões mais importantes, mais polêmicas, que chamam mais a atenção do público. Essa é uma explicação importante porque várias das afirmações sobre o papel do relator, sobre a quantidade de votos divergentes, sobre a dinâmica da deliberação, valem apenas para esses casos. Assim, para usar

7 Embora não seja uma exigência da FAPESP, instituição que financiou a pesquisa, pareceu-me importante que os resultados da pesquisa, financiada com dinheiro público, ficassem disponíveis a todos, sem custo. Daí a opção por revistas de acesso aberto.

8 Os ministros e ex-ministros entrevistados foram os seguintes: Ayres Britto, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Enrique Lewandowski, Eros Grau, Francisco Rezek, Gilmar Mendes, Ilmar Galvão, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello, Moreira Alves, Nelson Jobim, Luís Roberto Barroso, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Teori Zavascki.

um exemplo relacionado ao papel do ministro relator, se é verdade que na grande maioria das decisões os demais ministros tendem a segui-lo sem grandes questionamentos, isso não necessariamente ocorre nas decisões mais relevantes, mais polêmicas e que chamam mais a atenção do público externo ao tribunal. Nessas, mesmo que o relator faça parte do grupo majoritário, isso não necessariamente significa que os demais ministros seguiram os seus argumentos. O mesmo vale para a prática de levar votos prontos para a sessão de julgamento; isso costuma acontecer apenas nas grandes decisões.

Assim, uma pesquisa estritamente quantitativa poderia mostrar um cenário diferente daquele que serviu de pano de fundo para a minha pesquisa. No entanto, a escolha do foco parece-me mesmo assim justificada. Se o que se quer analisar é o papel do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, seu papel na relação entre os poderes, então não faz sentido investigar como os ministros se comportam nas decisões das dezenas de milhares de agravos de instrumento, por exemplo. O que importa é a atitude dos ministros nas decisões que fazem parte do cotidiano de todos os tribunais constitucionais, como aquelas sobre reforma política, financiamento partidário, aborto, pesquisa em células-tronco, casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, drogas, etc.⁹

3. Os votos divergentes e concorrentes

Em boa parte das supremas cortes ou tribunais constitucionais existe a possibilidade de se publicar votos individuais, divergentes ou concorrentes. Ainda assim, o STF tem algumas peculiaridades que o diferenciam de outros tribunais semelhantes. Em primeiro lugar, a enorme quantidade de votos divergentes. E, em segundo lugar, o fato de que os votos divergentes, quando feitos antes da própria deliberação, acabam se tornando meros votos vencidos e não conseguem estabelecer um diálogo com a posição majoritária do tribunal¹⁰.

Os votos divergentes são vistos com bons olhos por absolutamente todos os ministros do STF. Em relação à quantidade, também não há grandes

9 O texto deste tópico, que resume a metodologia e os objetivos da pesquisa sobre deliberação no STF, é repetido em todos os artigos que expõem os resultados dessa pesquisa.

10 Cf. SILVA, 2013, p. 583.

críticas. Quando muito, há algumas tentativas de explicar essa peculiaridade do Supremo Tribunal Federal. Algumas dessas explicações têm íntima relação com a ausência de uma deliberação que anteceda a redação dos votos. Essas e outras razões serão analisadas nos tópicos seguintes.

4. Quantidade de votos divergentes: razões

Uma primeira possível razão para a existência de menos votos divergentes em outros países – e talvez a mais importante no que diz respeito ao processo deliberativo – é a possibilidade, nesses outros tribunais, de se debater antes de decidir. Isso é percebido por alguns ministros. Alguns, contudo, supõem que esse debate prévio em tribunais de outros países ocorre apenas informalmente. Assim, o ministro H afirma: "Eu quero crer que [em outros tribunais] nos bastidores haja discussão quanto ao mérito dessas decisões, coisa que não há aqui".

Informal ou não, a ausência de um debate prévio é salientada por muitos ministros como a causa para o número elevado de votos divergentes e concorrentes. Nesse sentido, o ministro F argumenta que "a ausência de uma reunião prévia para formatar o posicionamento evidentemente faz com que haja maiores divergências"¹¹.

No mesmo sentido, e fazendo menção à antiga prática de sessões administrativas, também conhecidas como sessão de conselho, o ministro O conclui: "Se tivéssemos uma sessão de conselho, em que todas as questões seriam debatidas amplamente com maior liberdade pelos ministros, eu acho que a divergência diminuiria".

Além da falta de conversa prévia, os ministros também reconhecem que a redação dos votos em momento anterior ao debate não somente prejudica a deliberação como também é responsável pelo elevado número de votos divergentes (e concorrentes). Nesse sentido foi a declaração do ministro D, ao tentar explicar a quantidade de divergências:

O modo como nós trabalhamos - levar votos já preparados - não leva a um debate saudável ou produtivo [...]. A gente não sabe quais são os argumentos do outro. [...] Eu acho que há uma falha estrutural, uma falha essencial no modelo deliberativo, por isso que há votos divergentes, [...] é muito mais difícil no nosso sistema alguém voltar atrás daquilo que apresentou.

11 No mesmo sentido são as declarações dos ministros B e R.

O elemento "quantidade de trabalho" também foi mencionado. Curiosamente, contudo, num sentido distinto do usual na literatura comparada. Se juízes de tribunais de outros países e autores que estudam comportamento judicial costumam apontar o excesso de trabalho como uma razão para a existência de *menos* votos divergentes e concorrentes¹² – haveria menos tempo para redigi-los – num dos tribunais com maior carga de trabalho no mundo, o STF, a quantidade de trabalho foi apontada como uma razão para a existência de mais, não de menos, votos divergentes (ou concorrentes). Segundo o ministro H, um fator para o número menor de votos divergentes em outros países "seria o amadurecimento da causa. *Lá eles não têm pressa. Aqui nós temos pressa*". Em outras palavras, a quantidade de trabalho empobrece a deliberação e isso levaria a um aumento do número de divergências.

Outro importante fator para o número de divergências, e que é analisado em maior detalhe em outro trabalho¹³, é a publicidade. Mesmo antes de esse tema ser suscitado nas entrevistas, vários ministros já a mencionaram como um problema, nesse caso específico por aumentar o número de divergências. Nesse sentido, o ministro C afirmou que "o sistema da publicidade tal como está hoje leva inevitavelmente a essas manifestações de divergência". No mesmo sentido, o ministro F afirmou que não é possível aparar as arestas que levam a tantas divergências em razão "do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores; ou seja, o debate se dá naquele momento da sessão". Antigos ministros também recorreram a explicações semelhantes. O ministro P, por exemplo: "eu tenho impressão de que a votação em aberto tem muito a ver com isso [número de votos divergentes]".

Mas há também ministros que não estabelecem uma relação direta entre a quantidade de votos divergentes e a forma de deliberar. Nesses casos, várias foram as razões mencionadas. Uma delas foi a tradição:

Essa tônica da independência dos magistrados que é, digamos assim, um atributo muito considerado pelos membros dos tribunais [faz com que] cada um se repete com o direito legítimo de elaborar um voto que seja divergente. Isso é algo que faz parte da nossa tradição histórica¹⁴.

12 Cf., por exemplo, GINSBURG, 1990, p. 142; SPRIGGS II; MALTZMAN; WAHLBECK, 1999, p. 501; EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2011.

13 Ainda não publicado.

14 G. Para uma visão crítica acerca da frequente associação entre o direito de divergir e a independência do juiz, cf. MENDES, 2013, p. 132.

Por fim, mais de um ministro associou o alto grau de divergência a alguma forma de heterogeneidade. O ministro E, por exemplo, mencionou três heterogeneidades diversas para explicar as divergências:

[1] chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais; [2] talvez a constituição brasileira tenha uma quantidade maior do que outras de cláusulas gerais, portanto conceitos jurídicos indeterminados, e de princípios, o que leva a diferentes visões de concretização; [3] ministros com maior grau de heterogeneidade.

De forma menos detalhada, mas no mesmo sentido, foram as declarações dos ministros I e Q. No primeiro caso, a ênfase foi um pouco menos na heterogeneidade e mais em uma alegada dinâmica social cambiante:

É que talvez nós vivamos numa sociedade muito dinâmica e cambiante em que o voto vencido de hoje pode amanhã ser o voto vencedor; talvez nas sociedades mais estáveis, como as europeias, por exemplo, em que a jurisprudência é mais estável também, não haja muito sentido você ter um voto divergente¹⁵.

O ministro Q apontou "a diversidade que nós somos como nação" e "a extensão e a plasticidade da nossa ordem jurídica: nós lidamos com o direito positivo cheio de ambiguidades".

Todas essas afirmações exigiriam, claro, algum lastro empírico. Não é o caso, aqui, de tentar fazer essa análise empírica de forma detalhada. Ainda assim, algumas dessas heterogeneidades parecem fazer pouco sentido, especialmente aquelas apontadas pelo ministro E. Não parece ser verdadeiro afirmar, em primeiro lugar, que chegam mais matérias moral e politicamente controvertidas no Supremo Tribunal Federal do que em outros tribunais constitucionais. Outros tribunais também decidem sobre casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, aborto, drogas, cláusula barreira, financiamento de campanhas eleitorais, dentre outros temas moral e politicamente controvertidos. Ainda mais difícil de sustentar é a suposta heterogeneidade dos ministros. Uma análise dos ministros que

15 I.

atuaram no STF desde 1988 mostraria um quadro bastante homogêneo: com raríssimas exceções, os ministros são homens, brancos, cristãos, casados (com pessoas do sexo oposto), classe média-alta, entre 50 e 65 anos de idade quando de sua posse, e, antes de chegar ao STF, foram advogados, promotores ou juízes¹⁶.

5. Quantidade de votos divergentes: avaliação

No tópico anterior, foram mencionadas as razões que os ministros encontram para justificar o elevado grau de votos divergentes e concorrentes. Ainda que algumas pareçam mais positivas, outras mais negativas e outras, claro, mais neutras, elas não estão necessariamente relacionadas com um juízo de valor definitivo dos ministros seja em relação à própria existência de votos divergentes na quantidade atual seja em relação à própria razão fornecida. Em outras palavras: quando um ministro afirma que há muitos votos divergentes porque não há conversa prévia, ele não necessariamente defende a existência de conversa prévia ou a diminuição dos votos divergentes.

Neste tópico, pretendo então sistematizar a avaliação que os ministros fazem das divergências nas decisões mais relevantes do STF. Como já mencionado anteriormente, todos os ministros defendem alguma forma de publicação de votos divergentes. Mas nem todos parecem estar satisfeitos com a quantidade atual desses votos. Ainda assim, a maioria parece entender que o modelo atual não precisa de alterações nesse aspecto. O valor do voto divergente, especialmente como contraponto no debate, foi salientado pela maioria dos ministros. Alguns exemplos:

Um voto divergente é um polo contrastante, então aguça o debate; os votos vencidos podem ser seminais, verdadeiras sementes¹⁷.

Eu tenho a impressão de que isso [voto divergente] é importante [...] como crítica ao caso. Eu mesmo, quando já me vejo vencido, faço questão de deixar isso claro, colocar uma crítica ao acórdão com o propósito mesmo de dizer 'isto realmente precisa ser pensado, não é possível aplicar isto, esse entendimento como se fosse um entendimento pacífico, dominante ou que não merecesse crítica'¹⁸.

16 Se a análise incluir os ministros anteriores a 1988, a homogeneidade é ainda maior.

17 H.

18 B.

Eu mesmo fiquei vencido quase que de forma isolada quando não fiquei mesmo isolado, voz única no plenário, para depois até mesmo com a modificação do colegiado, com o preenchimento das cadeiras com novos integrantes, o tribunal vir a evoluir¹⁹.

O colegiado é interessantíssimo, porque às vezes uma matéria pode passar até batida se não houver um espírito mais assim voluntarioso, curioso, para apontar o que para si se mostra como premissa equivocada no voto proferido pelo relator²⁰.

Eu sou favorável porque é preciso saber que hoje a divergência é vencida, amanhã pode ser vencedora. Aliás, na composição atual do tribunal e na anterior muita coisa foi mudada, a jurisprudência mudou muito e eram votos divergentes que eram vencidos naquela ocasião e hoje são vencedores²¹.

Uma outra razão para ver a quantidade de votos divergentes como positiva é uma espécie de satisfação para os cidadãos, que poderiam ver, com clareza, todos os argumentos usados no debate, mesmo aqueles não vencedores²².

E, como explicado no início deste tópico, mesmo os ministros que apontam, por exemplo, a falta de conversa como uma explicação para o alto número de divergências não necessariamente estão sendo normativos, isto é, não necessariamente são contra o modelo atual. O ministro F, como citado no tópico anterior, explica exatamente dessa forma a quantidade de votos divergentes²³, mas não é contrário ao modelo e não vê um problema na quantidade de votos divergentes. Seu argumento é bem compreendido na seguinte passagem:

A vantagem que eu vejo da decisão ao vivo é que aqui a pessoa tem que vir se expôr e, principalmente quando se inicia na toga, você é o primeiro a votar, exatamente para fazer o teste de fogo: você vai ser um 'juiz juiz' ou vai ser um 'juiz mais café com leite'. Então eu penso que a divulgação dos votos divergentes é fundamental. Fundamental!²⁴.

19 A.

20 A.

21 S.

22 Esse aspecto foi salientado sobretudo pelo ministro U.

23 "Pela razão do formato de decisão do Supremo, que é ao vivo em cores, ou seja, o debate se dá naquele momento da sessão".

24 F.

Poucos são os ministros que veem algum problema na quantidade de votos divergentes no STF. De certa forma, isso era esperado, já que não seria fácil conciliar uma posição crítica à quantidade de votos divergentes e concorrentes se todos os ministros seguem a mesma prática, isto é, todos publicam seus votos divergentes e concorrentes em grande quantidade. Em outras palavras, como sustentar que os ministros deveriam se conter mais e, ao mesmo tempo, não ter um histórico de autocontenção? Alguns ministros tentam conciliar essa tensão ao salientar que a culpa é do modelo, não de uma postura individual dos ministros. A partir dessa estratégia, seria possível publicar vários votos divergentes e, ao mesmo tempo, dizer que deveria haver menos votos divergentes.

Um exemplo nesse sentido foi a explicação do ministro C: o número de votos divergentes "é ruim porque o sistema é ruim, então ele é um elemento do sistema, um ingrediente do sistema, e o sistema é ruim". Em sentido semelhante, o ministro D afirma que o número de votos divergentes "tem aspectos positivos, mas traduz um modo de deliberar que é equivocado".

Mas há ministros que, como T e R, culpam um suposto personalismo dos ministros pela quantidade excessiva de votos divergentes:

Eu acho que [a quantidade de votos divergentes] é extremamente negativa. O tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo²⁵;

Cada vez mais se afirma uma coisa que eu acho ruim, que não é um órgão coletivo de formação de decisão, é um órgão de soma de indivíduos, quem ganha, quem perde²⁶.

Nesses casos, contudo, fica difícil conciliar uma postura individual de sempre publicar seus votos divergentes e concorrentes com a crítica ao personalismo.

6. Divergentes ou vencidos

O conceito de voto divergente pode ser amplo ou restrito. Um conceito amplo de voto divergente incluiria todos os votos que não seguem a decisão majoritária. Nos meus trabalhos, tenho preferido um conceito mais

25 T.

26 R.

restrito, para poder fazer a contraposição entre voto divergente e voto vencido. A partir dessa contraposição, voto divergente seria caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por apontar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela. Já o voto que não segue a decisão majoritária, mas com ela não dialoga, seria então caracterizado como mero voto *vencido*²⁷.

Diante disso, uma das últimas perguntas sobre votos divergentes – feita após os ministros já haverem manifestado suas opiniões sobre o valor desses votos e sobre a quantidade deles – era a seguinte: "É possível afirmar que há votos divergentes no STF? Não seriam os votos divergentes aqueles que, como em outros tribunais constitucionais e supremas cortes, pretendem apontar os erros dos votos vencedores e estabelecer, assim, um certo diálogo com eles? Na medida em que no STF, ao menos nos grandes casos, os votos são escritos antes da sessão de julgamento, ou seja, todos escrevem seus votos antes de conhecer os votos dos demais e também sem saber que voto será vencedor, não fica prejudicada a sua capacidade de estabelecer um diálogo e de apontar os defeitos da opinião majoritária?".

As opiniões foram divididas. Alguns tenderam a concordar com a tese que subjaz à pergunta (a diferenciação entre voto divergente e voto vencido); outros, ainda que aceitassem a diferenciação, não concordavam com a tese de que, no STF, só há votos vencidos, não divergentes. Aqueles que se alinharam dessa última forma, mencionaram algumas peculiaridades no processo decisório e algumas práticas que fariam com que fosse possível falar em votos divergentes propriamente ditos.

Em primeiro lugar seria necessário levar em consideração o fato de que as decisões não são isoladas e estanques. Ou seja, em vários casos seria possível saber como será o voto do relator (e de outros ministros) mesmo antes de ouvir a leitura desses votos. Nesse sentido, o ministro B afirmou:

Em várias matérias, por razões diversas, até de já externação de opinião anterior, já se conhece mais ou menos o posicionamento do relator em determinado tema, porque ele já se manifestou ou em tema idêntico ou em tema semelhante [...]. Então não é difícil elaborar uma crítica eventual ao voto. Assim, não me parece que isso [o fato de o voto ser elaborado antes de ouvir o relator] seja prejudicial ao voto divergente.

27 Cf. SILVA, 2013, p. 583.

Além disso, uma prática citada por mais de um ministro para transformar o voto vencido em um verdadeiro voto divergente são as correções feitas após a sessão e antes da publicação do voto. Nesse sentido, o ministro G argumenta que "o que ocorre muitas vezes é que, findo o debate e proferido os votos, muito embora você leve o seu pensamento escrito, o acórdão é lavrado depois do julgamento". Isso faria com que, nas palavras de outro ministro, haja "muitos ajustes de última hora, depois de ter ouvido o voto do relator ou o argumento posto, de modo que eu não concordo com a afirmação [de que o voto vencido no STF não tem condições de dialogar com os votos vencedores]"²⁸.

Uma outra possibilidade de mitigar a ausência de diálogo entre os votos vencedores e vencidos, apontada por mais de um ministro, seria reelaborar o voto após um pedido de vista. O ministro H, embora concordasse que o voto feito antes da sessão de julgamento não pode dialogar com um voto ouvido durante a sessão, prontamente reagiu: "mas tem um antídoto: pedir vista. Pronto!". Na mesma linha, o ministro I afirmou que "esse voto vencido que aponta as falhas só ocorre depois que alguém pede vista, leva para casa, faz uma crítica ao voto e traz o voto vista criticando o voto anteriormente proferido".

É interessante notar, contudo, que ambos os ministros – H e I – prontamente apontaram as limitações dessa estratégia. No caso do ministro H, a limitação suscitada está associada ao excesso de trabalho:

Claro que esse antídoto também tem suas limitações, porque [o ministro] é um ser humano e a condição humana é esta, você diz 'puxa, se eu ficar pedindo vista eu vou arrebentar o meu gabinete, que já está abarrotado, superlotado'.

No caso do ministro I, a limitação apontada foi ainda mais enfática:

Nós sabemos que em determinados julgamentos não dá para pedir vista, você sofreria um massacre. A pressão da opinião pública e dos interessados é tão grande que você não teria tranquilidade para elaborar um voto vista com tempo necessário. E hoje ninguém mais pede vista. Pedir vista hoje num Ficha Limpa ou num Relação Homoafetiva? Eu sabia que eu não podia pedir vista porque a comunidade toda desabaria em cima da gente.

28 E.

Também a prática de fazer ajustes nos votos após tomar conhecimento do resultado, para incorporar algum diálogo com a tese majoritária, tem seus efeitos relativizados por alguns ministros. O ministro F, por exemplo, afirmou que "na maior parte dos julgamentos, isso [não haver voto divergente, apenas voto vencido] acaba prevalecendo porque [...] os ajustes são poucos".

A despeito de todas essas dificuldades em estabelecer um verdadeiro diálogo entre vencedores e vencidos, aqueles que afirmaram que não haveria voto divergente propriamente dito nas decisões do STF foram a minoria. Dentre esses, o ministro C:

[...] e o pior é que fica constando um voto vencido exposto ali, sem dialogar com os demais. [...] não é um voto predestinado a responder ao argumento da maioria, do voto do relator. Não, é um ponto de vista pessoal, que ele expõe ali e fica mais ou menos solto, mais ou menos ilhado no contexto da decisão.

Já o ministro R respondeu à pergunta de forma incisiva e exemplificou:

São votos vencidos! Já vem com o troço pronto! O Néri da Silveira, por exemplo, se você interrompia o Néri da Silveira e pedia um aparte, e ele concedia o aparte, ele ficava olhando você falar ali uns cinco ou dez minutos; aí ele [dizia] 'muito obrigado' e continuava na frase em que tinha parado, não dava a mínima bola, a mínima bola!

É interessante o caso do ministro A, que, embora não veja problemas na forma de organização da sessão de deliberação do tribunal, compartilha da ideia de que votos escritos de antemão podem comprometer o diálogo entre os ministros. Para evitar esse problema, ele defende uma simples postura, a *espontaneidade*:

Por isso eu sou favorável à espontaneidade. Não chegar já com o voto confeccionado; ouvir o relatório; ouvir as sustentações da tribuna, o voto do relator, e aí formar o convencimento na hora.

7. Quando vale a pena divergir

Muitas vezes, a impressão que se tem no STF é a de que sempre que algum ministro tem alguma divergência em relação ao voto dos colegas, não importa qual seja, isso já é motivo suficiente para se decidir pela publicação de um voto escrito, articulado, que dê vazão a essa divergência. Nos grandes casos, nos quais os votos são preparados de antemão, essa postura parece ser mais compreensível, já que o voto foi escrito antes de se saber se ele seria vencedor ou não. Mas também como regra geral, isto é, independente do momento em que a formação do convencimento de um ministro ocorre, parece haver poucos incentivos para que divergências deixem de ser publicizadas.

Assim, quando questionados se haveria razões que poderiam levar um ministro a não publicar um voto divergente ainda que não concordasse totalmente com a decisão final, as respostas em geral foram, não surpreendentemente, negativas. Exceção a essa postura, em alguns casos, especialmente entre os antigos ministros, seria justificada diante da existência de jurisprudência consolidada sobre um dado assunto, como salientaram os ministros S e Q²⁹.

Uma surpresa em um tribunal aparentemente tão fragmentado e individualista como o STF foi ouvir respostas ligadas a aspectos institucionais, isto é, justificativas para deixar de lado posições individuais para se juntar à maioria por razões institucionais. Uma resposta nesse sentido foi a do ministro F:

Eu vi muitas vezes o Nelson Jobim fazer isso, inclusive de público, de maneira transparente, dizer 'olha, eu votaria de tal forma, mas, como houve empate, eu tenho que manter uma posição institucional e, do ponto de vista institucional, a posição mais adequada é tal'. Eu já vi a Ellen Gracie fazer isso, o Peluso [...]. Eles fizeram de maneira declarada, então eu não estou supondo. Mas já percebi outros fazendo isso de maneira não declarada também.

29 S: "Quando era posição já tranquila na corte eu apenas ressaltava o meu ponto de vista e seguia. Isso muito mais para a economia processual do que por outra razão". Q: "Já aconteceu várias vezes isso comigo, mas enfim eu me rendia diante da fidelidade à jurisprudência assentada sobre determinado tema". Nesse sentido, ambos parecem seguir a ideia de que, em um ambiente no qual deve prevalecer a colegialidade, insistir a todo instante na mesma divergência, diante de uma jurisprudência já pacificada, não é a postura esperada (nesse sentido, cf. MENDES, 2013, p. 133; cf. também KORNHAUSER; SAGER, 1993, p. 9).

Como regra geral, no entanto, os ministros não veem razões para deixar de manifestar uma divergência. Pelo contrário, costumam insistir que todas elas devem ser externadas. Alguns alegam tratar-se de uma questão de transparência: "Eu acho importante você não calar a sua discordância, manifestar a sua discordância e levá-la ao conhecimento do público. Faz parte da transparência"³⁰. Outros simplesmente veem um dever funcional de divergir publicamente quando pensam diferente: "A meu ver não se deve [deixar de divergir]. Eu *jamais* fiz isso"³¹.

Mesmo aqueles que afirmam que há muito individualismo, muita fragmentação e pouca institucionalidade nas decisões do STF não veem problema em reconhecer que não há razões para deixar de divergir por escrito. É o caso do ministro T, que, embora sustente, como visto acima, que a quantidade de votos divergentes é *extremamente negativa* e defenda que o "tribunal deveria ser mais conciso e objetivo para justamente não ensejar esse tipo de personalismo", ao mesmo tempo afirma, da maneira mais enfática possível: "Eu nunca, eu nunca, eu nunca retirei um voto, eu nunca retirei um voto"³².

Um argumento ligado à colegialidade poderia ser invocado para inibir a manifestação frequente de divergências: aquele que sempre diverge pode ser visto como alguém que não tem interesse no debate. Argumento semelhante a esse foi manifestado por apenas um ministro, nos seguintes termos:

Já me aconteceu de, em se tratando de uma questão que eu não considerava relevante, não me mobilizar para divergir. Cada um tem um capital de divergência que quer gastar e às vezes você não quer sacar desse capital se não for uma questão importante³³.

30 H.

31 A.

32 T.

33 E. No mesmo sentido semelhante é a famosa observação do juiz Stone, antigo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, feita a Karl Llewellyn: "Se eu escrever [um voto individual] em todos os casos nos quais não concorde com algumas das visões expressas em outros votos, você e todos os meus outros amigos deixarão de ler os meus votos" (cf. MURPHY, 1964, p. 62).

8. Volume de trabalho

Mesmo em tribunais nos quais o volume de trabalho é muito menor do que no STF, o argumento "excesso de trabalho" é muitas vezes suscitado como um motivo para escrever menos votos divergentes³⁴. Seria de se esperar que a carga quase desumana de trabalho no STF pudesse ser um argumento ainda mais forte nesse sentido. Mas não é o caso. Muitas vezes tem-se a impressão de que a menção ao excesso de trabalho como motivo para não escrever um voto divergente soa, aos ouvidos dos ministros, como "deixar de cumprir seu dever por mera preguiça", não como "concentrar-se na elaboração de votos prioritários".

O ministro A, por exemplo, é direto ao dizer que não é possível deixar de elaborar um voto divergente em razão do excesso de trabalho: "seria um aspecto a meu ver negativo". No mesmo sentido, o ministro G: "não divergir em razão do excesso de trabalho não me parece que seja a melhor solução num ambiente judicial onde os melhores resultados são frutos exatamente do debate".

Além disso, para afastar a ideia de que divergir sempre é gastar bens escassos como tempo e energia de trabalho, alguns ministros insistiram na ideia de que não é preciso investir muito tempo ou muita energia para divergir. Assim, o ministro E afirma:

O voto divergente não precisa ser necessariamente longo, basta dizer, por exemplo, 'eu dirirjo porque não considero que tenha havido violação [dessa ou daquela normal]'. Ponto. Portanto, o tamanho do voto tem mais a ver com a prolixidade do juiz.

No mesmo sentido, de que é possível divergir sem desperdício de tempo e energia, foram as opiniões dos ministros O, Q e U:

Eu acho que isso [excesso de trabalho] não poderia impedir que o juiz elaborasse o seu voto divergente. Ele poderia dá-lo na sessão de julgamento, que vai ser taquigrafada e depois basta revisar as notas. Não precisa fazer um trabalho de doutrina³⁵.

34 Cf. nota de rodapé 12, acima.

35 O.

No Supremo o voto divergente pode ter três linhas³⁶.

É claro que a gente não vai escrever votos de 40, 50, 60 folhas, mas mostrar pelo menos que a divergência se encontra no ponto tal e que ela é fundamental, essa é a meu ver a melhor posição³⁷.

Embora seja plausível afirmar que não é necessário dispender muito tempo e energia para manifestar uma divergência, isso só vale para aquelas divergências que expressam uma simples opinião, sem necessariamente envolver uma fundamentação mais sólida. Ou seja, uma divergência *para marcar posição*, não para estabelecer algum diálogo ou tentar convencer os outros de que há problemas na opinião majoritária. O ministro E parece deixar isso bem claro, ao afirmar que "divergir, ainda que laconicamente, é importante para não se vincular para o futuro".

Apenas um ministro pareceu não concordar com divergências que servem apenas para marcar posição, isto é, que não tenham como objetivo estabelecer algum diálogo ou tentar convencer os outros ministros (ou até mesmo um público externo). Segundo o ministro I, "nós hoje estamos submetidos a um volume de trabalho muito grande; fazer um voto divergente chinfrim não vale a pena".

Por fim, dentre todos os ministros, apenas o ministro C seguiu fiel à sua linha de discordar do modelo quase em sua inteireza:

É o sistema, é como eu lhe disse, esse sistema não dá margem para pensar se se deve ou não se deve fazer [um voto divergente], ele [o ministro] expôs o ponto de vista dele ou levou pronto, acabou, isso é o que vai constar como tal.

9. Conclusão

Embora não seja fácil, no que diz respeito à pesquisa como um todo, extrair uma visão monolítica do processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal a partir da visão dos seus ministros e antigos ministros, no caso específico dos votos divergentes ou vencidos, as opiniões são um pouco menos variadas e é possível identificar uma tendência que pode ser genera-

36 Q.

37 U.

lizada. Tanto os atuais quanto os antigos ministros não parecem identificar grandes problemas em relação à forma atual de publicação de votos divergentes ou concorrentes. Tampouco veem grandes diferenças entre votos divergentes e vencidos no STF. A quantidade de votos individuais (divergentes ou concorrentes) não é vista como um problema, mas como uma virtude. Tanto que, em um exercício feito ao final das entrevistas com os ministros, chamado de "criatividade institucional", no qual cada ministro poderia definir aquele que, na sua opinião pessoal, seria o melhor arranjo deliberativo para o STF³⁸, todos os ministros, sem exceção, manteriam tudo como está hoje em relação aos votos divergentes e concorrentes.

É interessante notar, contudo, que muitos dos ministros veem problemas isolados na forma de deliberar do STF e que um dos principais problemas apontados foi o excesso de individualismo. Mas a identificação desse problema, curiosamente, não tem reflexos na visão que os ministros têm acerca da prática de sempre escrever votos individuais, longos ou curtos, divergentes ou concorrentes. A conclusão a que se pode chegar é a de que eles não parecem ver uma ligação necessária entre excesso de votos individuais e individualismo.

Referências bibliográfica

- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Jahresstatistik 2014*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/statistik_2014_node.html>. Acesso em: 2 fev. 2016.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Are Even Unanimous Decisions in the United States Supreme Court Ideological? In: *Northwestern University Law Review*, v. 106, pp. 699-713, 2012.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Why (And When) Judges Dissent: A Theoretical And Empirical Analysis. In: *Journal of Legal Analysis*, v. 3, n. 1, pp. 101-137, 2011.
- GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. In: *Washington Law Review*, v. 65, pp. 133-150, 1990.

38 Na definição desse "modelo ideal", os ministros não estavam constrangidos por nenhuma condicionante constitucional, legal ou regimental. Em outras palavras, eles teriam liberdade para criar o modelo que quisessem.

- KELEMEN, Katalin. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. In: *German Law Journal*, v. 14, n. 8, pp. 1345-1371, 2013.
- KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review*, v. 81, pp. 1-59, 1993.
- KRANENPOHL, Uwe. *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, pp. 139-153, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013.
- _____. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.
- SPRIGGS II, James F.; MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Bargaining on the U.S. Supreme Court: Justices' Responses to Majority Opinion Drafts. In: *The Journal of Politics*, v. 61, n. 2, pp. 485-506, 1999.

Recebido em 11 de dezembro de 2015

Aprovado em 31 de janeiro de 2016

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2015 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional

Aluno: André Pacheco Teixeira Mendes (**DOCTORADO**)

Data: 04/12/2015

Banca: José Maria Gomez, João Ricardo Wanderley Dornelles, Rogério Schietti Machado Cruz, Silvana Batini Cesar Goes e Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Título: Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados: Análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014

Resumo: A presente tese de doutorado tem por objetivo analisar as justificativas dos projetos de lei (PLs) que pretendem aumentar penas privativas de liberdade, apresentados no período de 2006 a 2014 na Câmara dos Deputados. Foram analisadas 771 (setecentas e setenta e uma) proposições legislativas que, após depuração, resultaram em 191 (cento e noventa e uma) que se inseriam no escopo da pesquisa: aumentos de pena de crimes já existentes por meio de: (i) alteração na pena mínima e/ou máxima cominada ao delito; (ii) alteração em causa especial de aumento; e (iii) previsão de nova causa especial de aumento. O ano de 2006 foi escolhido como termo inicial por três razões. Em primeiro lugar, representa o ano a partir do qual o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), vinculado ao Ministério da Justiça, passou a disponibilizar base de dados relativa ao número de presos por espécie de crime. Em segundo lugar, permite compreender duas legislaturas na Câmara dos Deputados, a 53^a e a 54^a, respectivamente nos períodos 2007-2011 e 2011-2015. Em terceiro lugar, por possibilitar a continuidade na produção de conhecimento científico em matéria de produção legislativa de normas penais, considerando pesquisa publicada pelo Ministério da Justiça, na Série Pensando o Direito N° 32 (Análise das justificativas para a produção de normas penais), que abrangeu o estudo de proposições legislativas no período de 1987 a 2006. O marco final de 2014 se justifica por duas razões: encerramento da 54^a legislatura da Câmara dos Deputados (2011 a 2015) e necessidade de pôr termo à etapa de levantamento de dados para este trabalho acadêmico. A partir da análise das justificativas dos projetos de lei, este trabalho pretende investigar como problema de pesquisa as intenções declaradas do legislador ao propor o

endurecimento da lei penal. Nossa hipótese é no sentido de que, a partir do levantamento dos dados obtidos relativos às justificações dos parlamentares, é possível evidenciar que eles não estão preocupados com soluções para os problemas da criminalidade senão interessados em obter um ganho político com o emprego do Direito Penal. Nesse sentido, o referencial teórico é o fenômeno denominado populismo penal legislativo (John Pratt e Julian V. Roberts). O legislador propõe leis que endurecem as penas no anseio de obter popularidade eleitoral, sem, contudo, evidenciar como essas proposições legislativas teriam efeitos concretos na redução de índices de criminalidade. Ou seja, o legislador não lastreia as justificativas em estudos, dados e estatísticas que possam comprovar a necessidade da alteração legislativa. Ao contrário, nossa hipótese aponta para a influência da mídia na iniciativa parlamentar que pretende aumentar penas, bem como esses aumentos apostam no efeito dissuasório da punição, a finalidade da pena conhecida como prevenção geral negativa. Para testar a hipótese, dividimos a análise dos Pls em 6 (seis) categorias: (i) partido político do qual faz parte o parlamentar proponente; (ii) espécie de aumento pretendido pelos Pls; (iii) lei penal (bem jurídico a ser tutelado) a ser alterada; (iv) referência na justificativa às Teorias dos Fins da Pena; (v) motivos recorrentes apontados pelos parlamentares nas justificativas (a pesquisa previu onze motivos recorrentes); e (vi) referências não penais como motivação dos Pls (considerou-se como referências não penais: “Episódio divulgado na mídia”, “Decisão Judicial/Jurisprudência”, “Cenário internacional”, “Dados empíricos” e “Audiência pública”). Os achados de pesquisa deste estudo científico, após análise quantitativa e qualitativa das justificativas dos 191 Pls, permite identificar que: (i) os Pls são apresentados por todos os partidos políticos, sem distinção significativa entre partidos “progressistas” e “conservadores”; (ii) os parlamentares tem predileção por realizar aumentos das penas mínimas e/ou máximas dos crimes; (iii) os Pls comprovam a seletividade do legislador, que opta por aumentar penas de crimes que tem apelo junto à sociedade em geral, como crimes violentos contra a pessoa; (iv) na quase metade dos casos, os Pls recorrem à prevenção geral negativa (dissuasão), como finalidade da pena; (v) na quase metade dos casos, os Pls apontam como justificativa do aumento de pena as ideias de “desestímulo à prática de crimes”, “adequação da pena à gravidade do crime” e “punição com rigor”; (vi) em mais da metade dos casos, os Pls não apresentam dados e estudos que justifiquem o aumento de pena, bem como na

quinta parte deles há referências à mídia como motivação para o aumento de pena. A conclusão da Tese aponta para a ideia segundo a qual o legislador brasileiro realiza política criminal legislativa irracional, flertando com o fenômeno mundial do populismo penal, que tem caracterizado as democracias ocidentais contemporâneas, ignorando os princípios penais regentes da produção legislativa, apostando na função dissuasória da pena, cuja eficiência não se provou na história. Ao contrário, produziu encarceramento em massa, o qual se mostra incapaz de reduzir índices de criminalidade.

Aluno: Deo Campos Dutra (DOUTORADO)

Data: 30/11/2015

Banca: Gisele Guimarães Cittadino, Bethânia de Albuquerque Assy, Márcia Nina Bernardes, Arnaud Le Pillouer, Carlos Miguel Herrera, Stéphanie Hennette Vauchez e Véronique Champeil-Desplats

Título: O Direito à prova do multiculturalismo: reflexões das experiências brasileira e francesa

Resumo: A presença da pluralidade cultural como parte integrante do cotidiano dos Estados democráticos de Direito é um fato irreversível da realidade social. A multiplicidade de culturas que dividem em conjunto um mesmo espaço social torna as sociedades contemporâneas dos países ocidentais verdadeiros desafios compostos de mosaicos de crenças, com visões de mundo e comportamentos culturais distintos e muitas vezes, conflitantes. Surge, com isso, um novo desafio. Novas realidades sociais demandam novos comportamentos sociais, novas perspectivas e propostas teóricas cujo processo de instalação detêm uma complexidade capaz de resultar muitas vezes em imobilidade por parte tanto das instituições sociais quanto do próprio conjunto normativo que ordena os espaços sociais. É necessário, portanto, constituir novas maneiras de se pensar a pluralidade cultural, incorporando novas perspectivas que, subsidiando o direito, auxiliam de maneira importante para a formulação de novas proposição jurídicas. Nossa problemática principal está centrada no desafio de responder a seguinte pergunta: como poderemos melhor acomodar as minorias cul-

turais, protegendo seu direito fundamental à cultura, dentro dos Estados liberais democráticos? Desta questão principal surgem, por sua vez, dois novos questionamentos. O primeiro dele procura identificar qual teoria política é a mais apropriada para responder nossa questão principal no Brasil e na França, países analisados por este trabalho. O segundo questionamento preocupa-se essencialmente em perceber e apontar como a contribuição do direito neste processo pode potencializar esta acomodação entre as maiorias e as minorias culturais dentro desses Estados. Nosso esforço está, portanto, em confeccionar uma razão jurídica que, fundada nos direitos humanos, se utiliza e incorpora chaves teóricas procedentes da filosofia política normativa. Esta razão jurídica, por sua vez, tem um único objetivo principal: ela pretende constituir propostas substanciais para que as minorias culturais de ambos os Estados possam ser incluídas e acomodadas em suas sociedades ao mesmo tempo que seus direitos fundamentais são protegidos. Em suma, esse trabalho objetiva oferecer proposições jurídicas que permitam que as mais distintas culturas possam, uma vez dividindo o mesmo espaço geográfico, viver de uma maneira onde o diálogo intercultural seja o principal instrumento de comunicação social. Paralelamente pretendemos propiciar subsídios normativos para que os Estados possam garantir a seus cidadãos um espaço democrático onde o fato da pluralidade cultural não impeça a afirmação da autonomia individual, proveniente do exercício da herança cultural pertencente a cada ser humano, para que, por fim, possamos experimentar uma acomodação social promotora da dignidade de todo e qualquer indivíduo independente de sua origem cultural.

Aluno: Fátima Gabriela Soares de Azevedo (MESTRADO)

Data: 18/08/2015

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy, José Maria Gomez e Paulo Eduardo Arantes

Título: Cidade e política: reforma urbana e exceção no Rio de Janeiro

Resumo: O presente trabalho discute o processo da Reforma Urbana no contexto dos megaeventos sediados na cidade do Rio de Janeiro – a Copa

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 47 jul/dez 2015

do Mundo FIFA de 2014 e os Jogos Olímpicos de Verão de 2016, pelo prisma da exceção. As intervenções praticadas no espaço urbano com vistas à realização dos eventos esportivos negligenciam os desejos e necessidades da população local, sobretudo dos oprimidos. A revitalização, as obras de mobilidade, a construção de equipamentos urbanos de esporte e lazer arregimentam interesses do capital por meio de remoções, demolições e aberturas de vias possibilitadas por um esquema de exceção urbana que conta com a coincidência de programas assistenciais, de segurança e de moradia, que se complementam, no âmbito dos executivos municipal, estadual e federal. O legado da Copa e das Olimpíadas propagandeado pelo partido da ordem pela teia ideológica não atinge a realidade dos oprimidos, que constroem sua própria narrativa da Reforma em seus círculos de memória. O encontro de múltiplas faces da opressão nas vidas ao mesmo tempo que subtrai permite a resistência. As redes de militância articuladas estão presentes na insurgência que retoma as ruas com grandes protestos. As heranças de opressões e lutas se encontram na construção de temporalidade que extrapola a linearidade da história do progresso. Através de metodologia benjaminiana essa investigação compara as construções de narrativa de Reformadores e oprimidos para compreender e criticar as estruturas específicas da exceção urbana na cidade do Rio de Janeiro no século XXI.

Aluno: Leonardo Vello de Magalhães (MESTRADO)

Data: 07/07/2015

Banca: Carlos Alberto Plastino, Adriano Pilatti, Francisco de Guimaraens e José Maria Gomez

Título: Conflito e liberdade em Maquiavel

Resumo: O objetivo deste trabalho visa analisar a relação entre o conflito de grandes e povo e a liberdade política dele decorrente. Para tanto, inicialmente, será feito um estudo de como Maquiavel entende a virtú e a fortuna. Após, analisar-se-á a forma como Maquiavel pensa a ética, a religião, a moral, a Política, as armas, a liberdade e a igualdade. Uma vez dissecadas as premissas básicas necessárias se passará ao estudo da teoria

dos humores que se inicia com a máxima que o povo não quer ser dominado e oprimido, enquanto que os grandes desejam dominar e oprimir. Posteriormente será demonstrado como foram os Conflitos das Cidades, iniciando-se com o modelo Romano, o modelo Florentino, o modelo de Esparta. Estabelecidas as bases de seu pensamento será demonstrada que a lei resultante do conflito entre os grandes e o povo gera a liberdade de todo o corpo político.

Aluno: Odair José Barbosa Freitas (**DOCTORADO**)

Data: 10/11/2015

Banca: José Maria Gomez, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Henri Acselrad, José Alberto Tostes e Pedro Cláudio Cunga Brando Bocayuva Cunha

Título: Democracia e o direito à cidade na Amazônia: Os principais desafios da democracia participativa para a garantia do direito à cidade em regiões impactadas por projetos econômicos na Amazônia

Resumo: O trabalho consiste numa análise a respeito dos principais desafios enfrentados pelos mecanismos de democracia participativa para assegurar o direito à cidade em localidades impactadas por grandes projetos econômicos instalados na Amazônia. O objeto são cidades que surgem e desenvolvem-se de forma abrupta, no bojo de um intenso processo de urbanização impulsionado pelo avanço capitalista na região, buscando explorar recursos naturais e que redundam em formações urbanas marcadas pela precariedade e desigualdade, impondo grandes obstáculos à eficácia das normas urbanas. Além de ampla leitura de obras e estudos relacionados aos principais aspectos teóricos envolvidos, à realidade das formações urbanas na Amazônia e dos empreendimentos econômicos em curso no local, empreendemos uma pesquisa empírica em que elencadas 02 (duas) cidades que guardam as principais características desse atual fenômeno urbano (Parauapebas, no Pará, que vem se desenvolvendo sob a influência do Projeto Grande Carajás, da empresa Vale S.A e Laranjal do Jari, no Amapá, que vem se desenvolvendo sob a influência do Projeto Jari). Assim, o foco dirige-se para a porção oriental da região e para aferir a dificuldades

das normas no período de 2001 até 2011. A análise parte de uma discussão teórica e conceitual do direito à cidade e democracia participativa, traça uma breve trajetória dos principais processos de desenvolvimento imprimidos na região, destacando a ação estatal como sua indutora e as particularidades da urbanização desencadeada, discute os desdobramentos dos grandes projetos econômicos instalados naquelas cidades e a sua relação com a respectiva formação urbana, busca aferir a eficácia de suas principais normas urbanas e, por fim, analisa os principais desafios que os mecanismos de democracia participativa enfrentam para assegurar o direito à cidade. Foi possível constatar que os clássicos contornos conceituais relativos à temática necessitam considerar as particularidades da região e de seu processo de urbanização para melhor compreender o fenômeno e, fundamentalmente, que os grandes desafios impostos às normas são resultantes da atuação de setores econômicos e conservadores que miram a manutenção de seus interesses nos locais, que a esfera estatal local encontra-se enfraquecida, com pouca possibilidade de fazer valer os interesses coletivos e que as particularidades da urbanização na região amplificam o potencial das dificuldades enfrentadas.

Aluno: Rogério Pacheco Alves (DOUTORADO)

Data: 31/07/2015

Banca: Maurício de Albuquerque Rocha, Francisco de Guimaraens, Alexandre Pinto Mendes, Bernardo Carvalho Oliveira e Homero Silveira Santiago

Título: O Dna Kantiano dos Direitos Humanos e Sua Crítica a Partir da Filosofia Imanente de Spinoza

Resumo: Não se tem dúvida sobre o sopro de renovação produzido ao direito pela teoria dos direitos humanos. Contudo, há ainda um imenso déficit na implementação global dos direitos humanos, que a aliança entre liberalismo, democracia e direitos humanos não foi capaz de resolver. Assim, mostra-se imperiosa a formulação de uma teoria crítica capaz de dar conta de tal déficit e de questionar a afirmação de que o problema atual dos

direitos humanos passa ao largo das escolhas teóricas. O papel da crítica deve ser entendido não com a pretensão de formulação de uma nova teoria dos direitos humanos nem tampouco como uma tentativa de sua desqualificação, mas, antes, na perspectiva da problematização, da desconstrução e da reformulação de alguns de seus conceitos fundamentais. A proposta se apoia na ideia de que a resistência política e a resistência epistemológica são complementares. Opta-se por Kant como ponto de partida em razão do papel central de seu pensamento na modernidade e à sua grande influência na formulação de conceitos basilares dos direitos humanos. Identificado o “DNA” kantiano, pretende-se construir uma alternativa crítica a partir do pensamento de Spinoza, que formula uma filosofia da imanência pura que pensa o homem como um modo expressivo da potência de Deus e o direito como potência. Três problemas principais atravessarão nossas reflexões: o da centralidade do homem na natureza e as dificuldades inerentes ao conceito de natureza humana; a diferença entre a moral kantiana do dever e a ética de Spinoza, fundada no critério do útil; e a relação entre moral, direito e política.

Aluno: Silvia Maria da Silveira Loureiro (DOUTORADO)

Data: 10/08/2015

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy, Antonio Celso Alves Pereira, Gustavo Senechal de Godoffredo, José Ribas Vieira e Pedro José Calafate Villa Simões

Título: A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI

Resumo: A presente pesquisa visa à fundamentação teórica do reconhecimento dos povos indígenas como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do resgate do pensamento jurídico e teológico dos autores da Escola Ibérica da Paz, cujos escritos, datados dos séculos XVI e XVII, colocaram em causa os fundamentos éticos, jurí-

dicos e políticos do processo de conquista e colonização do Novo Mundo. Trata-se de um momento histórico particularmente privilegiado para esta análise, em primeiro lugar, pelo ineditismo do contato civilizacional proporcionado pela chegada das naus espanholas e portuguesas na América, sob os auspícios das Coroas ibéricas e do Papa, impulsionando os autores do Renascimento peninsular a adequar toda a tradição filosófica mediterrânea cristã a uma nova realidade, resultando na reinvenção do direito natural e das gentes no quadro de uma realidade cultural bastante distinta daquela do *orbis christianus medieval*. Em segundo lugar, este contexto histórico e geográfico permite uma análise do Direito Internacional, ainda como *jus gentium*, ou seja, antes do modelo westfaliano de repartição das soberanias estatais pós- 1648. Para a compreensão do problema de pesquisa proposto em toda sua amplitude, o trabalho divide-se em três partes principais. A primeira dedica-se ao estudo do fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos, analisando de início as fontes de inspiração utilizadas para a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o processo decisório que gerou a divisão dos Pactos Internacionais das Nações Unidas em dois instrumentos com a previsão de direitos civis e políticos separadamente dos direitos econômicos, sociais e culturais e com mecanismos de implementação distintos, o que resultou na proteção dos direitos humanos individuais mais amplamente desenvolvida que aquela em dimensão coletiva. Demonstra-se, ao final, que, apesar de resistências teóricas, as coletividades humanas possuem, contemporaneamente, um *locus standi* nos sistemas de peticionamento internacional em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos. A segunda parte destaca a trajetória dos povos indígenas de objetos a sujeitos do direito internacional, assim como examina o processo emancipatório dos povos indígenas no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Esta parte intermediária do trabalho demonstra ainda o reconhecimento da condição de sujeitos coletivos dos povos indígenas por meio do estudo da casuística indigenista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo após o caso paradigmático do povo Kichwa de Sarayaku v. Equador (2012). Entretanto, por este trabalho não objetivar uma análise apenas hermenêutica e normativista do Direito Internacional dos Povos Indígenas, a terceira parte revela o papel da Escola Ibérica da Paz, nos séculos XVI e XVII, na defesa dos direitos dos povos indígenas do Novo Mundo. Graças à perspectiva do direito natural e das gentes, os povos indígenas eram considerados pelos

autores ibéricos como comunidades humanas livres e soberanas que, como qualquer outro reino cristão, tinham o direito de se autogovernar e dispor de suas terras.

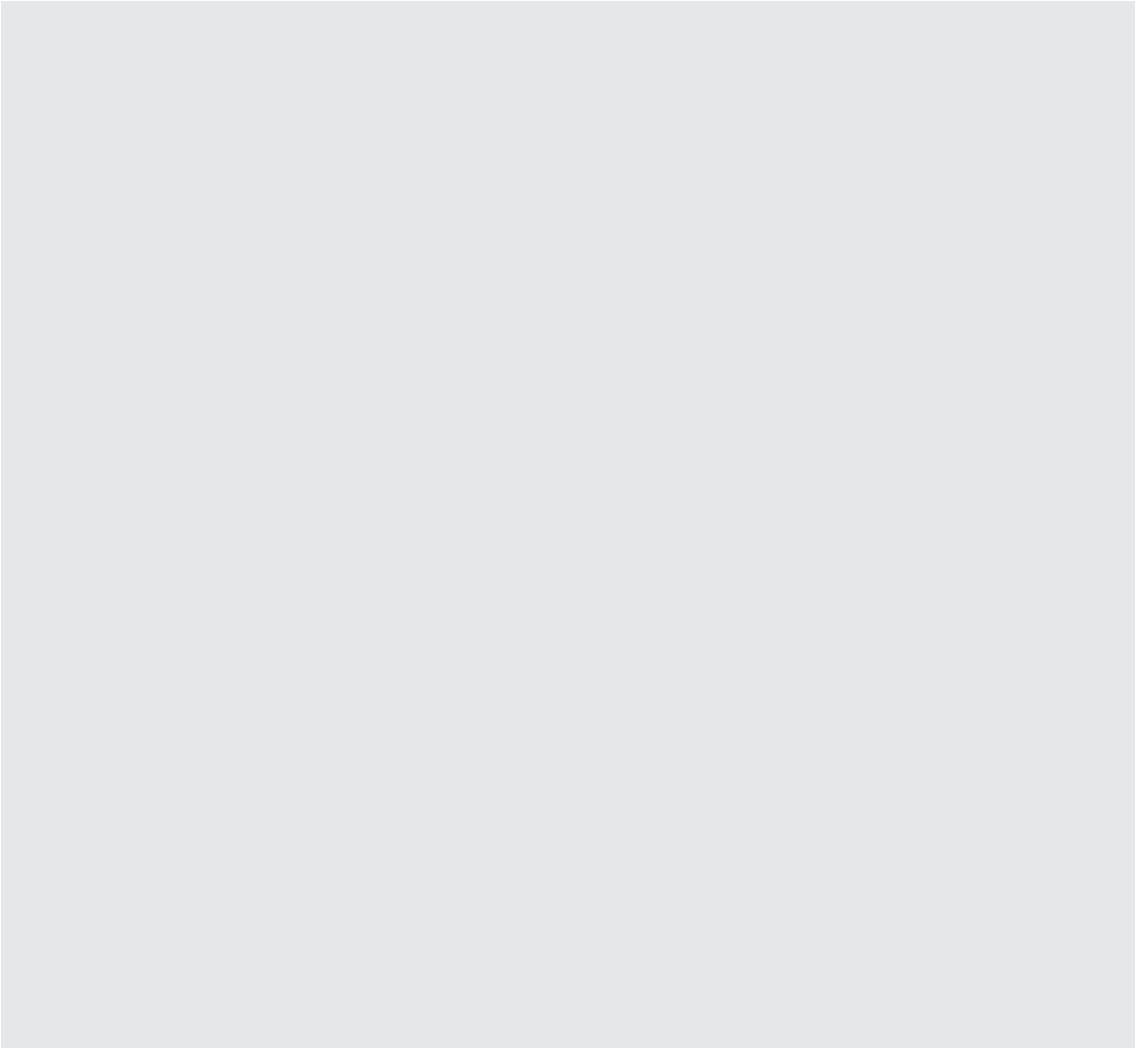
Aluno: Taiguara Líbano Soares e Souza (**DOCTORADO**)

Data: 11/09/2015

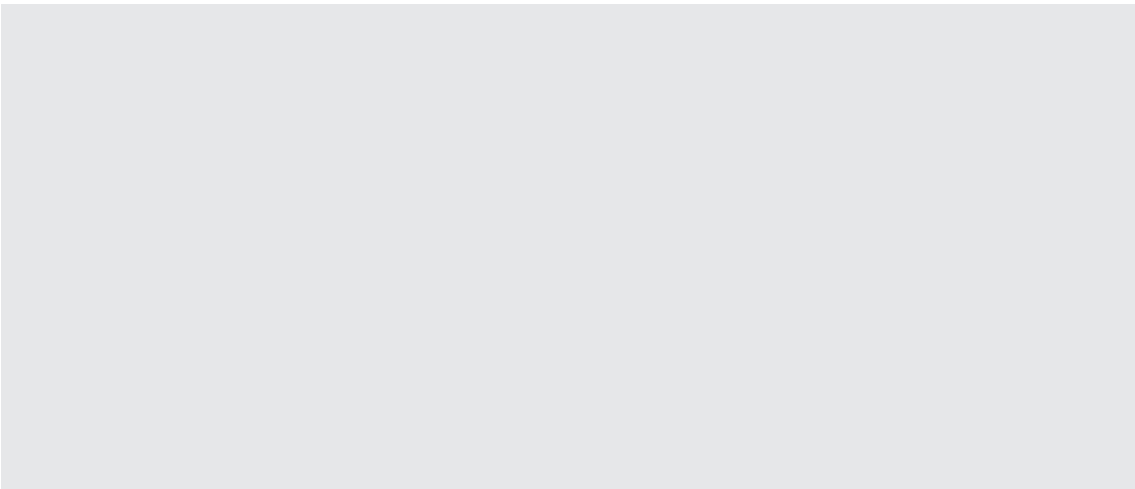
Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles, Nilo Batista, Salo de Carvalho, Vera Malaguti de Souza Wenglinski e Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Título: A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro

Resumo: A presente tese tem por objetivo analisar os impactos do modelo econômico neoliberal sobre o sistema penal a partir dos anos 90, atentando para o hiperencarceramento levado a cabo no Rio de Janeiro, bem como seus reflexos nas eventuais violações de direitos das pessoas privadas de liberdade. A partir de relatórios de visitas, elaborados pelo Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, busca identificar um panorama das condições de detenção neste estado, avaliando em que medida podem ser enquadradas como situação de tortura. Esta reflexão parte da constatação da crise de legitimidade do sistema penal evidenciada, desde a gênese da prisão, passando pelos modelos penitenciários implementados e pelas inúmeras teorias penalógicas legitimantes. Neste sentido, à luz da Criminologia Crítica, sobretudo dos trabalhos de Loic Wacquant, e de contribuições de Michel Foucault e Giorgio Agamben, pretende refletir acerca da relação entre o sistema penal e as estruturas sociais, diante da ascensão do campo burocrático neoliberal, dando ensejo à edificação do Estado penal nos Estados Unidos e sua incorporação no Brasil, marcado por permanências autoritárias. Por fim, busca-se apontar estratégias de política-criminal que poderiam contribuir para a redução de danos do cárcere na Era do Grande Encarceramento.



Resumos/*Abstracts*



Boskovic, Alessandra Barichello; Kozicki, Katya. Preconceito e Tolerância: Reflexões Acerca das Cotas Raciais nas Universidades

Resumo: O preconceito consiste em uma opinião errônea tomada por verdadeira de forma acrítica, irracional e passiva. Isso ocorre de forma mais incisiva quando tal opinião é baseada em uma desigualdade natural ou cultural. É o que se passa com a população negra, em que sobrepõe-se à desigualdade natural (diferença na coloração da pele) uma desigualdade cultural (estigma histórico). Ademais, as condições sociais da população negra no Brasil encaixam-se no cenário da mais temerária forma de discriminação explicitada por Walzer: o grupo étnico coincide com o grupo menos favorecido economicamente. Com isso, o preconceito racial dificilmente será combatido apenas com a defesa da tolerância (entendida não apenas como aceitação, mas como respeito ao indivíduo ou grupo diferente). É necessária a adoção de ações afirmativas, cujo objetivo imediato é a inclusão do grupo discriminado e a finalidade mediata é a reversão do preconceito já existente. No presente ensaio, questiona-se se o critério racial como definidor de ações afirmativas (cotas nas universidades) é válido em uma sociedade como a brasileira. Examinam-se cinco argumentos (hipóteses) comumente presentes na discussão acerca do tema: a dificuldade de categorização do grupo étnico; a existência de problemas educacionais de base que antecedem a discussão sobre o acesso ao ensino superior; a necessidade de correção de distorções no processo seletivo padronizado; a compensação por erros do passado; e a promoção da diversidade. Concluindo-se pela legitimidade das cotas raciais, oferece-se, ainda, um sexto argumento: é preciso combater o preconceito de dentro para fora, mas também de fora para dentro.

Palavras-chave: Racismo; Preconceito; Tolerância; Ações afirmativas; Cotas nas universidades.

Prejudice and Tolerance: Reflections About Racial Quotas in Universities

Abstract: Prejudice is an erroneous view that is uncritically, irrational and passive taken by real. It gets stronger when such erroneous opinion is based on a natural or a cultural inequality. This is what happens with

the racial prejudice, case in which it is added to the natural inequality (difference in the skin color) a cultural inequality (the historical stigma). Furthermore, in Brazil, the social conditions of the black population fit into the scenario of the most reckless discrimination explicated by Walzer: the ethnic group coincides with the less economically favored group. Thus, racial prejudice can not be fought solely on the defense of tolerance (understood not only as the acceptance, but also as the respect to different individuals and groups). It is necessary to adopt affirmative actions whose immediate goal is to include the discriminated group and whose mediate purpose is to reverse the existing prejudice. In this paper, it is questioned whether the racial criterion for affirmative actions (quotas at universities) is valid in Brazilian society. We discuss five arguments (hypothesis) commonly present in the discussion of this theme: the difficulty of categorizing an ethnic group; the existence of basic educational issues that need to be resolved before the discussion on access to higher education; the need for distortions correction in the standard selection process; the compensation for past wrongs; and the promotion of diversity. Concluding that racial quotas are legitimate, it is suggested also a sixth argument: we must fight prejudice from inside out, but also from the outside to the inside.

Keywords: Racism; Prejudice; Tolerance; Affirmative actions; Quotas in universities.

Lois, Cecilia Caballero; Marques, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil

Resumo: O presente artigo tem por escopo verificar empiricamente quais são as peculiaridades que envolvem o uso do argumento de direito constitucional comparado no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, valendo-se da coleta de dados obtidos a partir de um estudo de casos pertencentes à jurisprudência do Supremo, nos quais a liberdade de expressão constava como matéria em debate, serão apresentadas as características quantitativas e qualitativas que permeiam tal prática. A partir daí, consoante à leitura dos acórdãos e desempenhadas as devidas considerações com fulcro em instrumental bibliográfico específico, será traçado um perfil da corte cons-

titucional brasileira no particular do mencionado exercício, onde serão por fim fornecidas as conclusões que apontam para um uso em geral, descontextualizado e carente de metodologia

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Comparado; Suprema Corte

The Supreme Court and the Comparative Constitutional Law's Argument: An Empirical Reading from the Cases of Freedom of Expression in Brasil

Abstract: This article has for scope, verify empirically which are the peculiarities that involves the use of comparative constitutional law's argument in Brazilian Supreme Court. To achieve this, using a set of data obtained from a cases study that belongs to the jurisprudence of the Supreme Court, and in which ones the freedom of expression consisted as a matter for debate, will be presented the quantitative and qualitative characteristics that permeate this practice. From there, according with the reading of the judgments and performed the appropriate considerations with fulcrum in a specific bibliographic instrumental, we will in the end, trace a profile of the Brazilian constitutional court in this sense, and present the findings that pointing to an use in general, decontextualized and with a lacking of methodology.

Keywords: Constitutional Law; Comparative Law; Supreme Court

Goya-Tocchetto, Daniela. A Defense of Nonideal Theories of Justice

Abstract: The overwhelming majority of contemporary theories of justice is grounded in the rationalist tradition (Frazer, 2010). As a consequence, political philosophers such as John Rawls (1971) have interpreted moral systems as axiomatic, substantially based on concepts of inalienable rights and duties – usually guided by the core value attached to human dignity. Once ethicists started working under an axiomatic framework, empirical evidence has become less and less useful. This road has been conducive to the current prevalence of ideal theories in the field. On a dissonant note, recent debate in political philosophy has rekindled our attention to the development of nonideal theories of justice. Yet before one argues in favor

of nonideal (or comparative) theories of justice, one has to be certain that all arguments against the broader incorporation of empirical evidence in the development of political philosophical theories are not valid. Therefore the focus of the present paper is the assessment – and dismissal – of these arguments.

Keywords: Theories of Justice; Nonideal Theories; Empirical Evidence; Methodology

Uma Defesa de Teorias de Justiça Não Ideais

Resumo: A grande maioria das teorias de justiça contemporâneas se baseiam na tradição racionalista (Frazer, 2010). Como consequência, filósofos políticos como John Rawls (1971) têm interpretado sistemas morais como axiomáticos, baseados substancialmente em conceitos de direitos e deveres inalienáveis – geralmente guiados pelo valor central concedido à dignidade humana. Uma vez que os eticistas começaram a utilizar uma moldura axiomática, as evidências empíricas se tornaram cada vez menos úteis. Esse caminho foi relevante para a atual prevalência de teorias ideais nesse campo. De maneira dissonante, o debate recente na filosofia política reacendeu a atenção para o desenvolvimento de teorias de justiça não ideais. Contudo, antes que alguém argumente em favor de teorias de justiça não ideais (ou comparativas), é preciso estar certo de que todos os argumentos contrários a uma incorporação mais ampla de evidências empíricas no desenvolvimento de teorias políticas filosóficas não são válidos. Portanto, o foco deste artigo é a avaliação – e rejeição – destes argumentos. *Palavras-chave:* Teorias de justiça; Teorias não ideais; Evidência empírica; Metodologia.

Cunha Filho, Marcio Camargo. O Desencontro entre Direito à Informação e Direito à Verdade: Análise das Práticas da Controladoria-Geral da União

Resumo: Os direitos à informação e à verdade foram introduzidos conjuntamente na ordem jurídica brasileira, como duas faces da mesma moeda. Ambos foram pensados como instrumentos tardios da justiça de transição,

ou seja, como elementos de uma reforma institucional que visava à busca da verdade como forma de reparação às graves violações de direitos fundamentais ocorridas durante o período ditatorial. No entanto, a atuação dos principais órgãos responsáveis pela efetivação da Lei de Acesso à Informação no Poder Executivo Federal – a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI) – têm tornado inócua esta importante função da Lei, indo de encontro a teses jurídicas consolidadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e na Organização de Estados Americanos (OEA).

Palavras-chave: Direito à Informação; Direito à Verdade; Justiça de Transição; Controladoria-Geral da União

The Mismatch Between the Right to Information and the Right to Truth: An Analysis of the Practices of the Office of the Comptroller General of the Union

Abstract: The right to information and the right to truth were conceived in the Brazilian judicial system at the same time, as two sides of the same coin. Both were idealized as late instruments of the Transitional Justice, or, in other words, as part of an institutional reform that aimed at searching historical truth as a mechanism of reparation for violations of human rights occurred during the military dictatorship. Nevertheless, the performance of the main public entities responsible for enforcing the Brazilian Freedom of Information Act – the Office of the Comptroller General and the Commission on Reevaluation of Information – have emptied this important role of the Act, in antagonism with the orientations provided by the Inter-American Court of Human Rights and the Organization of American States.

Keywords: Right to Information; Right to Truth; Transitional Justice; Office of the Comptroller General

Vieira, Reginaldo de Souza. Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch

Resumo: Este artigo, a partir de reflexões da Teoria do Direito, tem por

objetivo o estudo do Pluralismo Jurídico Clássico. A pesquisa restou delimitada pela construção teórica de Eugen Ehrlich, Santi Romano e Georges Gurvitch. Na primeira seção do texto, trata-se da concepção de direito vivo de Ehrlich, fulcrado na negação do Estado como única fonte do direito. Na seção seguinte, tendo por base Romano, analisa-se o seu conceito de instituição e da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Por fim, na última seção, discorre-se sobre o pluralismo jurídico de Gurvitch, com destaque para a teoria dos fatos normativos; a construção de direito social; e o direito social condensado.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico; Direito vivo; Teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos; Direito social condensado.

Classic Legal Pluralism: The Contribution of Ehrlich, Gurvitch, and Santi Romano

Abstract: This article, based on reflections of the Theory of Law, aims to study the Legal Pluralism Classic. The research remains bounded in the theoretical construction of Eugen Ehrlich, Santi Romano and Georges Gurvitch. In the first section of the text, it is the conception of living law Ehrlich, fulcrado in denial of the State as the sole source of law . In the following section, with the Roman basis, we analyze the concept of institution and the theory of plurality of legal systems. Finally, the last section, it talks about the legal pluralism of Gurvitch , especially the theory of normative facts , the construction of social law , social law and condensate.

Keywords: Legal Pluralism; living law; Theory of the plurality of legal systems; condensed social law.

Macedo Junior, Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual

Resumo: O trabalho apresenta um esquema conceitual da crítica formulada por Dworkin ao convencionalismo jurídico e seus impactos para a correta descrição do conceito de direito e da compreensão da natureza dos nossos desacordos jurídicos. Depois de definir os significados de convenção, convencionalismo e do convencionalismo jurídico é apresentada a sua relevân-

cia para a determinação de uma concepção positivista de direito apoiada na tese de que este se funda exclusivamente em fontes diretamente sociais. Em seguida, são apresentados casos paradigmáticos de desacordos teóricos que não são adequadamente explicados por uma teoria jurídica comprometida com o convencionalismo jurídico. Com base neles é apresentado um esquema conceitual geral e provisório para a compreensão da crítica que Dworkin formula ao convencionalismo jurídico, salientando-se como ela se fundamenta numa análise da gramática lógica pressuposta em desacordos teóricos comuns em nossa prática jurídica. Por fim, o texto indica que o convencionalismo jurídico não foi capaz de responder ao desafio dworkiniano na medida em que não considerou corretamente o tipo de desacordo teórico que estava em questão em casos centrais das práticas jurídicas. *Palavras-chave:* Positivismo jurídico; Convencionalismo jurídico; Interpretativismo.

Dworkin's Criticism of Conventionalism and Its Relevance: A Conceptual Criticism Scheme

Abstract: The essay presents a conceptual scheme of the criticism made by Ronald Dworkin to legal conventionalism and its relevance for an accurate description of the law and the correct understanding of the nature of legal disagreement. After defining the concepts of convention, conventionalism and legal conventionalism it shows its connection to a positivist conception of law based on the exclusive social grounds of law. It offers shows how some paradigmatic cases of theoretical disagreements are not adequately explained by a legal theory committed with legal conventionalism. Based on these cases the text offers a general and preliminary conceptual scheme to understand Dworkin's criticism of legal conventionalism. Dworkin's approach is grounded on the analysis of the logical grammar presupposed by theoretical disagreement common in ordinary legal practice. Finally the essay points to the fact that legal conventionalism failed to cope with the Dworkinian challenge since it could not rightly take in consideration the kind of theoretical disagreements that are at stake in pivotal cases of legal practice.

Keywords: Legal positivism; Legal conventionalism; Interpretativism.

Nadelhoffer, Thomas. Pure Retributivism and the Problem of Psychopathy: A Preliminary Investigation

Abstract: My present goal is to explore some possible responses pure (or strict) retributivists might have to the gathering of empirical data on psychopaths. In addressing this issue, I will first briefly examine the strides researchers have recently made in understanding the nature of psychopathy, paying particular attention to work on the neural and genetic components of the disorder (§1). Then, I will survey several ways that a pure retributivist might respond to this data (including giving up on pure retributivism altogether and adopting instead a mixed theory of punishment that incorporates both forward-looking and backward-looking elements). (§2). As we will see, the retributivist has a fairly limited range of appealing options in this context. But my primary task here isn't to somehow refute retributivism (which comes in too many varieties to adequately address in a single paper). Rather, I am mainly interested in showing that the problem of psychopathy is relevant when it comes to our philosophical theorizing about punishment. In this sense, my over-arching task is methodological. I survey the interdisciplinary terrain and highlight some interesting and important connections between the research on the philosophy and the psychology of psychopathy.

Keywords: Retributivism; Philosophy of punishment; Psychopathy

Retributivismo Puro e o Problema da Psicopatia: Uma Investigação Preliminar

Resumo: O objetivo deste artigo é explorar possíveis respostas que retributivistas puros podem ter à coleta de dados empíricos sobre psicopatas. Ao tratar deste assunto, primeiro examinarei brevemente os recentes avanços de pesquisadores em relação ao entendimento da natureza da psicopatia, dando atenção especial ao trabalho acerca dos componentes neurais e genéticos da doença (§1). Após, demonstrarei diversas maneiras pelas quais um retributivista puro poderia enfrentar essas novas questões (incluindo desistir do retributivismo puro para adotar uma teoria punitiva mista que incorpora ambos elementos voltados para o futuro quanto para o passado) (§2). Como veremos, o retributivista tem uma gama bastante limitada de opções

que sejam atraentes neste contexto. Mas a minha tarefa primordial não é a de refutar o retributivismo (que vem em variedades muito numerosas para serem trabalhadas em um único artigo). Em vez disso, estou preocupado em demonstrar que o problema da psicopatia é relevante quando pensamos sobre a nossa teorização filosófica acerca da punição. Nesse sentido, minha tarefa é metodológica. Eu avalio o terreno interdisciplinar e enfatizo algumas conexões importantes e interessantes entre a pesquisa na filosofia e na psicologia da psicopatia.

Palavras-chave: Retributivismo; Filosofia da punição; Psicopatia

Vasconcellos, Vinicius Gomes. O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal

Resumo: Este artigo pretende desenvolver uma análise do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação ao conceito de “sistema acusatório” no processo penal. Para tanto, empreender-se-á estudo das decisões acerca da temática proferidas pelo referido órgão nos anos de 2010 a 2014. Em seguida, após breve excursão histórica, serão expostos os contornos principais da discussão doutrinária pátria sobre os sistemas processuais, ressaltando o ponto cerne das divergências: a possibilidade de produção de provas por iniciativa do julgador. Assim, a partir de tal arcabouço teórico, serão apontadas questões que carecem de aprofundamento e elucidação pela jurisprudência do tribunal máximo brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal; sistema acusatório; Supremo Tribunal Federal.

The "Accusatorial System" of Brazilian Criminal Procedure: Notes on the Concept of Accusatorialism from the Federal Supreme Court's Decisions

Abstract: This paper aims to develop an analysis of the Brazilian Supreme Court's position related to the concept of “accusatorial system” in criminal law. In this sense, it will study the decisions of the court involving the topic

in the years of 2010 to 2014. Then, after a brief historical excursion, the main lines of the Brazilian doctrinal discussion about procedural systems will be presented, highlighting the core point of disagreement: the possibility of producing evidence by the judge's initiative. Thus, from such theoretical background, this paper will identify issues that claim a deep and clarified review from the Brazilian Supreme Court's decisions.

Keywords: Criminal Procedure; Accusatorial system; Brazilian Supreme Court.

Silva, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: Os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal

Resumo: Talvez não haja tribunal constitucional ou suprema corte com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal. De forma geral, contudo, pouco se questiona esse fato. Ele costuma ser simplesmente encarado como um produto natural da tradição e da forma de decisão adotada no STF. Este artigo não tem como objetivo fazer uma análise crítica dessa prática. Este texto é parte dos resultados de uma pesquisa que pretende compreender o que os próprios ministros do STF pensam da prática deliberativa e decisória desse tribunal. No âmbito específico da divergência nas votações, procurou-se analisar como os ministros explicam a quantidade de votos divergentes; como eles avaliam essa grande quantidade de votos divergentes e concorrentes; se eles veem alguma diferença entre voto divergente e voto vencido; se existe alguma regra geral sobre quando vale a pena divergir de forma explícita; e como eles relacionam a publicação de tantas divergências e o grande volume de trabalho no tribunal.

Palavras-chave: Votos divergentes; Deliberação; Supremo Tribunal Federal.

Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court

Abstract: There may be possibly no constitutional or supreme court with as many dissenting and concurrent opinions as the Brazilian Supreme

Court. In general, however, this fact is barely discussed. Usually it is taken for granted as a natural outcome of tradition as well as of the decision-making process adopted by the Brazilian Supreme Court. This article does not aim at arguing against this practice. Here, I present parts of the results of a broader research aiming at grasping what the Justices of the Brazilian Supreme Court themselves think of the deliberation and decision-making process within this court. Concerning the publication of individual opinions, it aims at analyzing how the Justices themselves explain the amount of individual opinions; how they assess the amount of dissenting and concurring opinions; if they see any difference between a dissenting and a defeated opinion; if there is any general rule on when is it worth to dissent or to concur; and, finally, how they assess the publication of various dissenting opinions vis-à-vis the workload of the court.

Keywords: Dissenting opinions; Deliberation; Brazilian Supreme Court.

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 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, tamanho 12, justificado, espaçamento 1,5 entre linhas no corpo do texto, papel tamanho A4 (21cm x 29,7cm), 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 ou 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. Seqüência: 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