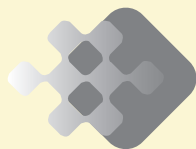
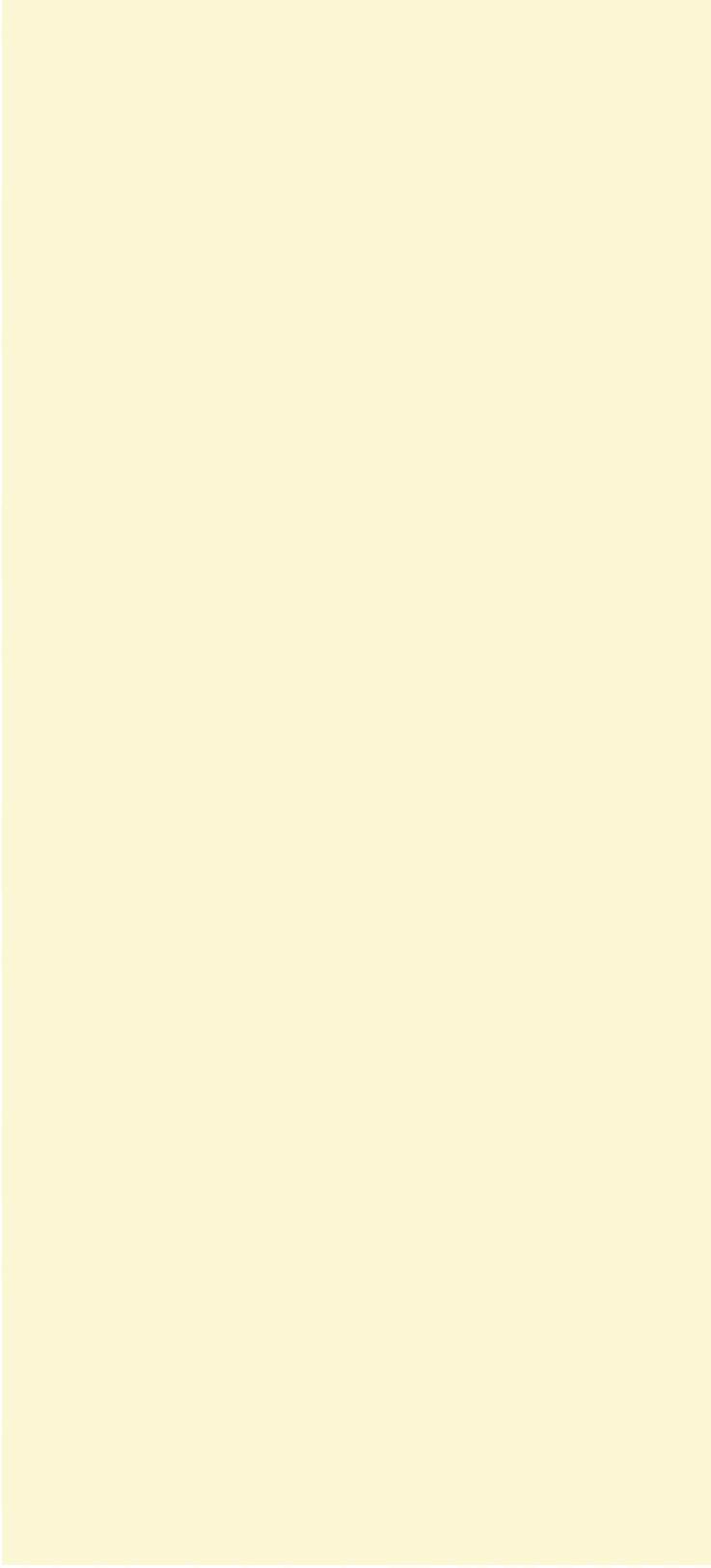


Revista de Estudos
EMPÍRICOS
EM DIREITO

////////////////////
BRAZILIAN
Journal of
EMPIRICAL
LEGAL STUDIES

////////////////////
vol 3, n 2, jul 2016

**DOSSIÊ ESPECIAL "DIREITO,
ECONOMIA E POLÍTICAS
PÚBLICAS"**



Rede de Pesquisa
Empírica em Direito



EDITORES / EDITORS /

Fernando de Castro Fontainha / IESP-UERJ
José Roberto Franco Xavier / UFRJ
Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

ASSISTENTES EDITORIAIS / EDITORIAL ASSISTANTS /

Beatriz Kira / USP
Isabela Taranto Couri / UFRJ
Jéssica Pascoal Santos Almeida / USP
Rafaela Leal Assis / USP
William Su / USP

COMITÊ EXECUTIVO / EXECUTIVE BOARD /

Alexandre dos Santos Cunha / IPEA
Ana Gabriela Mendes Braga / UNESP
Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA
Diogo Rosenthal Coutinho / USP
Fernando de Castro Fontainha / IESP UERJ
José Roberto Franco Xavier / UFRJ
Maira Rocha Machado / FGV Direito SP
Paulo Eduardo Alves da Silva / FDRP USP
Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja /
CEPPAC UNB
Riccardo Cappi / UEFS

REVISÃO DA REVISTA / JOURNAL REVISIONS /

Daniel Pinheiro Astone
Diego de Paiva Vasconcelos
Hugo Luís Pena Ferreira
Ingrid Garbuio Mian
Julia Gitahy da Paixão
Natalia Cintra Tavares
Nicholas Blossom
Pedro Salomon Mouallem
Rafael N. L. de Freitas
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

PROJETO GRÁFICO / GRAPHIC DESIGN /

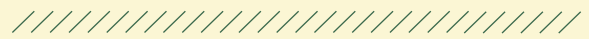
Raquel Klafke

DADOS PARA CONTATO / CONTACT INFORMATION /

www.reedpesquisa.org / reed.revista@gmail.com

As informações e opiniões trazidas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

CONSELHO EDITORIAL EDITORIAL BOARD



Alexandra Hunneus / University of Wisconsin-Madison

Alvaro Pires / University of Ottawa

Ana Lúcia Pastore / Universidade de São Paulo

André Jean Arnaud / In Memoriam

Barbara Velloso Dias / Universidade Federal do Pará

Bryant Garth / University of California-Irvine

Calvin Morrill / University of California-Berkeley

Carolina Esteves / Faculdade de Direito de Vitória

Cassio Cavali / FGV Direito Rio

Cesar Garavito / Universidad de los Andes

Conceição Gomes / Universidade de Coimbra

David Cowan / University of Bristol

David Trubek / University of Wisconsin-Madison

Elizabeth Mertz / University of Wisconsin-Madison

Fabiano Engelmann / Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Helena Reis / Universidade Federal de Goiás

José Eduardo Faria / Universidade de São Paulo

Kazuo Watanabe / Universidade de São Paulo

Liora Israël / École des Hautes Études en Sciences Sociales

Luciana Cunha / FGV Direito SP

Marc Galanter / University of Wisconsin-Madison

Marcelo Neves / Universidade de Brasília

Marcos Nobre / Universidade de Campinas

Marcus Faro De Castro / Universidade de Brasília

Maria Tereza Dias / Universidade Federal de Minas Gerais

Maria Tereza Sadek / Universidade de São Paulo

Patrícia Borba Vilar Guimarães / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Paulo Furquim de Azevedo / Insper

Salo Coslovsky / New York University

Sergio Costa / Freie Universität Berlin

Scott Cummings / University of California - Los Angeles

Wanda Capeller / Institut d'Études Politiques de Toulouse

Yanko M. Xavier / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

CARTA DOS EDITORES

Apresentamos o segundo número do terceiro volume da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Neste número, além de artigos no nosso fluxo regular e da entrevista com Bryant Garth, apresentamos o dossiê temático “Direito, Economia e Políticas Públicas”, coordenado pelos professores Marcus Faro de Castro (UnB) e Diogo Coutinho (USP).

Persiste e se revigora a iniciativa da *Rede de Pesquisa Empírica em Direito* de empreender e induzir a pesquisa empírica na área de Direito no Brasil desde 2011. Nessa toada, paralelamente à Revista, a rede organiza os anuais *Encontros de Pesquisa Empírica em Direito*. Apesar das dificuldades de se fomentar uma comunidade acadêmica em tempos de tantas restrições financeiras a atividades de pesquisa, acreditamos que tanto esta Revista quanto os Encontros têm sido razões de otimismo para a produção de conhecimento na área do direito.

Mantemos o compromisso com a realização de uma revista de qualidade e representativa da pesquisa nacional. Todos os artigos aqui publicados passam por

rigoroso processo de dupla avaliação cega por pares (*double blind peer review*), respeitando-se na medida do possível a diversidade regional e temática que caracteriza a pesquisa empírica que tematiza o direito.

Por fim, alguns agradecimentos importantes. Agradecemos a participação graciosa e qualificada do nosso corpo de pareceristas e do nosso Conselho Editorial, com representantes de instituições prestigiosas de diversos países e estados do Brasil. Agradecemos também à equipe editorial que tanto trabalhou para que concluíssemos este número. Deixamos aqui registrado o nosso reconhecimento a essas pessoas que muito contribuíram para garantir que este periódico possa de fato ser um instrumento de realização de importante missão científica.

Boa leitura!

FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA, JOSÉ ROBERTO FRANCO XAVIER E PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA // EDITORES

LETTER FROM THE EDITORS

////////////////////////////////////

We are pleased to introduce the second issue of the third volume of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. In this issue, apart from the regular influx of articles and an interview with Bryant Garth, we also offer a thematic *Symposium*, entitled “Law, Economics and Public Policies”, organized by professors Marcus Faro de Castro (Universidade de Brasília) and Diogo R. Coutinho (Universidade de São Paulo).

We maintain and renew the initiative of the *Brazilian Network of Empirical Legal Studies* to foster and develop empirical studies in the field of law in Brazil since 2011. In this endeavour, alongside the Journal, our network organizes the *Empirical Legal Studies Meetings*. Even during a time with so many financial restrictions on research activities, we believe that both the Journal as well as the Meetings provide reason to be optimistic for knowledge production in the field of law.

Moreover, we maintain our commitment to the development of a quality journal that is representative of research developed throughout Brazil. All the articles published here are subjected to a rigorous double

blind peer review and they also respect the regional and thematic diversity that characterizes empirical legal studies.

Finally, we would like to acknowledge and thank everyone that contributed to this journal. We are grateful for the gracious and qualified participation of the peer reviewers and the members of our Editorial Board, which includes representatives from prestigious institutions in many countries and different states in Brazil. We are also thankful for the dedication and effort from our editorial team, without whom this issue would not have been possible. We would like to voice our deepest gratitude to everyone that contributed in order to assure this journal would be an instrument for the development of its relevant scientific mission.

Happy reading!

FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA, JOSÉ ROBERTO FRANCO XAVIER E PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA // EDITORS

SUMÁRIO

DOSSIÊ ESPECIAL: "DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS"

- 10 Carta dos editores convidados**
- 14 Advogando no novo desenvolvimentismo:** profissionais do direito e a construção do setor de telecomunicações no Brasil emergente (dos anos 1980 aos anos 2010) // *Fabio de Sá e Silva & David M. Trubek*
- 54 Violência contra mulheres como um tema econômico:** conferindo sentido a um campo fragmentado // *Helena Alviar García*
- 73 Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial:** a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil // *Mariana Mota Prado*
- 93 Direito à cultura e políticas públicas no Brasil:** uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República // *Mateus Maia de Souza e Nichollas de Miranda Alem*
- 113 Avaliação da lei de acesso à informação brasileira:** uma abordagem metodológica interdisciplinar // *Taiana Fortunato Araújo e Maria Tereza Leopardi Mello*
- 135 Advogados e política:** notas a partir da observação de um encontro de advogados populares no início dos anos 2000 // *Frederico de Almeida*
- 150 Impactos da mudança na lei do divórcio no Brasil e a "extinção" da separação judicial** // *Antônio J. Maristrello Porto e Pedro H. Butelli*
- 162 Argumentos de justificação para as reformas processuais:** uma análise semi-linguística das exposições de motivos do Código de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto de Reforma de 2010 // *Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Gabriel Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Fernanda Duarte e Rafael Mario Iorio Filho*
- 183 Alienação parental e o sistema de justiça brasileiro:** uma abordagem empírica // *Mariana Cunha de Andrade e Sergio Nojiri*
- 202 "Decifra-me ou te devoro":** o ensino do direito constitucional em perspectiva e em ação // *Carlos Víctor Nascimento dos Santos*
- 226 Da interdição civil à tomada de decisão apoiada:** uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência // *Cícero Pereira Alencar, Daniel Adolpho Daltin Assis e Luciana Barbosa Musse*
- 248 Direito de patente e a invisibilidade do conhecimento tradicional:** o caso da Bauhinia sp. // *Marcos Vinício Chein Feres e João Vitor de Freitas Moreira*
- 267 Entre o direito e a sociedade:** entrevista com Bryant Garth // *Fernando de Castro Fontainha, Izabel Saenger Nuñez e Paulo Eduardo Alves da Silva*

TABLE OF CONTENTS

SYMPOSIUM: "LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICIES"

- 12 Letter from the guest editors**
- 16 Lawyering in new developmentalism:** legal professionals and the construction of the Telecom sector in the emerging Brazil (1980s-2010s) // *Fabio de Sá e Silva & David M. Trubek*
- 53 Violence against women as an economic issue:** making sense of a fragmented field // *Helena Alviar García*
- 74 Presidential dominance from a comparative perspective:** the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil // *Mariana Mota Prado*
- 94 The right to culture and public policies in Brazil:** an analysis of direct and indirect public spending in the audiovisual sector during the New Republic // *Mateus Maia de Souza and Nichollas de Miranda Alem*
- 114 Impact assessment of the brazilian access to information act:** an interdisciplinary methodological approach // *Taiana Fortunato Araújo and Maria Tereza Leopardi Mello*
- 136 Lawyers and politics:** notes from an observation of a meeting of "people's lawyers" in the beginning of the 2000s // *Frederico de Almeida*
- 149 Impacts of divorce law changes in Brazil and the "extinction" of judicial separation** // *Antônio J. Maristrello Porto e Pedro H. Butelli*
- 164 Legitimization arguments for procedural reforms:** a semio-linguistic analysis of statement of reasons from the Civil Procedure Code of 1939 and of the draft bill of the New Civil Procedure Code of 2010 // *Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Gabriel Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Fernanda Duarte e Rafael Mario Iorio Filho*
- 184 Parental alienation and the brazilian justice system:** an empirical approach // *Mariana Cunha de Andrade e Sergio Nojiri*
- 203 "Decipher me or I'll devour you":** the constitutional law education in perspective and in action // *Carlos Victor Nascimento dos Santos*
- 227 From civil interdiction to supported decision-making:** a necessary change in the recognition of legal capacity and human rights of people with disabilities // *Cícero Pereira Alencar, Daniel Adolfo Daltin Assis e Luciana Barbosa Musse*
- 249 Patent law and the invisibility of traditional knowledge:** the case of *Bauhinia* sp. // *Marcos Vinício Chein Feres e João Vitor de Freitas Moreira*
- 267 Between law and society:** an interview with Bryant Garth // *Fernando de Castro Fontainha, Izabel Saenger Nuñez e Paulo Eduardo Alves da Silva*



**DOSSIÊ ESPECIAL "DIREITO,
ECONOMIA E POLÍTICAS
PÚBLICAS"**

DOSSIÊ ESPECIAL “DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS”

CARTA DOS EDITORES CONVIDADOS

////////////////////

O estudo das relações que se estabelecem entre a Economia e o Direito encontra, no plano das análises e investigações empíricas, uma multiplicidade de aplicações e métodos. O campo das políticas públicas oferece, por seu turno, uma miríade de possibilidades de investigação aplicada.

Este dossiê especial da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, cuja origem está em uma chamada pública de artigos lançada pela *Rede de Pesquisa Empírica em Direito*, traz a lume trabalhos que procuram compreender a formação, o funcionamento e a análise de efeitos de normas, processos e instituições jurídicas envolvidas na regulação da economia em um sentido amplo e, abrangendo, em particular, as políticas públicas em meio à sua notável variedade e amplitude setorial.

Embora uma política pública não se confunda com o aparato jurídico que a estrutura, separar ambas as coisas é tarefa difícil, senão impossível e mesmo indesejável. O direito está amalgamado nas ações governamentais e nelas pode cumprir distintas funções, como, por exemplo, auxiliar na determinação normativa dos objetivos a serem perseguidos, apontar os instrumentos a serem utilizados para alcançá-los, criar canais de participação social e estruturar arranjos institucionais voltados à coordenação de processos e à atribuição de tarefas e responsabilidades aos agentes envolvidos na organização, execução e revisões de tais políticas. Por isso, além de dar forma às políticas públicas, o direito também é central em seu funcionamento.

Se as políticas públicas e seus arranjos particulares são moldados e operados juridicamente, é possível dizer que o ponto de vista jurídico – tanto quanto o econômico, sociológico, antropológico ou de ciência política – é uma das “lentes” pelas quais se podem visualizar e analisar o Estado e seus arranjos institucionais “em ação”, quer dizer, no curso da concepção, da implementação e da avaliação das ações governamentais. Mais do que isso, pode-se se dizer que, no limite, é possível aperfeiçoar políticas públicas desde uma perspectiva jurídica, isto é, torná-las mais eficazes

(para atingir resultados em menor tempo, com menor custo e mais qualidade), legítimas (fomentando a participação dos atores sociais implicados) e efetivas (realizando os objetivos últimos que as motivam).

Acreditamos que abordagens jurídicas desse tipo se orientam de maneira a encorajar a abertura interdisciplinar do estudo do Direito no trato de questões econômica e socialmente relevantes. Isso significa que procuram ampliar os canais de abordagem dos fatos sociais para reforçar e organizar a capacidade do jurista de proceder à apreciação crítica da realidade empírica.

Tais esforços suscitam, contudo, a necessidade de os juristas enfrentarem uma importante e pouco explorada agenda de pesquisas, uma vez que não é usual que tais profissionais se dediquem a estudos de implementação de políticas públicas – ou, em particular, à análise jurídica de políticas econômicas –, tampouco que esmiúcem suas engrenagens institucionais à luz dos direitos fundamentais que procuram tornar concretos e efetivos. O caso brasileiro não é exceção: no campo jurídico damos pouca atenção a esses temas e o fazemos com recursos metodológicos e repertórios conceituais que não estão à altura dos desafios de investigação que o estudo mais alargado dos complexos processos de desenvolvimento econômico nas sociedades democráticas impõe aos juristas.

Em face disso, acreditamos, este volume traz uma relevante amostra do potencial de investigações acadêmicas que essa agenda nascente no Brasil suscita. Aqui é possível encontrar artigos de autores nacionais e estrangeiros consagrados, bem como de promissores talentos, que têm em comum o fato de empreenderem esforços metodológicos pouco usuais e dirigidos à compreensão concreta de realizações, contradições, dilemas e desafios jurídicos diversos e instigantes.

A publicação deste volume não teria sido possível não fosse a iniciativa e o constante incentivo dos editores da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, os Profs. José Roberto Franco Xavier (UFRJ), Paulo Eduardo

Alves da Silva (USP) e Fernando de Castro Fontainha (UERJ) a quem agradecemos, ainda, o gentil convite para neste dossiê atuarmos como editores *ad hoc*. À pesquisadora Beatriz Kira agradecemos a paciente, igualmente gentil e sempre eficiente colaboração editorial. Aos pareceristas acadêmicos anônimos que contribuíram, dispendo de seu tempo valioso e escasso para a revisão dos artigos, bem como aos revisores técnicos e pesquisadores que atuaram nesse dossiê Pedro Salomon Mouallem, Daniel Pinheiro Astone, Jéssica Pascoal, Isabela Taranto, Hugo Luís Pena Ferreira, Ingrid Garbuio Mian, Tatiana Lourenço Emmerich de Souza, Diego de Paiva Vasconcelos, Natalia Cintra Tavares e Rafael N. L. de Freitas estendemos nossa gratidão pelo indispensável auxílio.

Que as leitoras e leitores possam aqui encontrar não apenas material de interesse para suas agendas de pesquisa, mas também inspiração para seus trabalhos e reflexões metodológicas no campo do direito, economia e políticas públicas.

Boas leituras a todas e todos.

São Paulo, junho de 2016

Marcus Faro de Castro (UnB) e Diogo R. Coutinho (USP), editores convidados

SYMPOSIUM ON “LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICIES”

LETTER FROM THE GUEST EDITORS



The empirical study of the relations between the legal apparatus and the economy may address many practical concerns, and may adopt several different methods. The analysis of public policies, in turn, offers countless possibilities for the development of applied research.

The *Symposium* on “Law, Economics and Public Policies” included in this issue of the *Review of Empirical Legal Studies* brings to light articles that offer accounts of the formation, implementation and effects of legal norms, procedures and institutions involved in economic regulation broadly conceived, covering several policy areas.

Although public policies should not be confused with the legal materials that structure them, setting law and policy apart is a difficult task, if not altogether impossible and indeed undesirable. The law is enmeshed with governmental actions and may thus have several policy-relevant functions, such as helping in the normative determination of goals to be pursued, indicating tools to be used in policy implementation, creating channels for stakeholder participation, aiding in the organization of institutional arrangements that facilitate coordination and the distribution of roles and responsibilities of actors involved in the creation, enforcement and reform policies. Therefore, not only is the law instrumental in shaping public policies but it also has a central role in the operational aspects of policy implementation.

If public policies and their particular institutional structures are legally set up and operated, it makes sense to say that the legal point of view – as much as those of economics, anthropology or political science – is one of the “lenses” through which it is possible to visualize and analyze the state and its institutional arrangements “in action”, i.e., state structures in the very course of unfurling the processes of conception, implementation and monitoring of governmental actions.

In many cases, it is even possible, from a legal standpoint, to improve public policies, that is, to enhance

their efficiency (by helping them to attain results more expeditiously, at a lesser cost and with better quality), their legitimacy (by encouraging adequate participation of stakeholders) and their effectiveness (by helping in the realization of their ultimate goals).

We believe that legal work with the above characteristics is also oriented to encourage the opening of legal analysis of economically and socially relevant issues to interdisciplinary cross-fertilization. This means that legal expertise becomes committed to widen the analytical approaches of social facts in order to build up and increase the capacity of jurists to develop critical views of different aspects of empirical reality.

Such efforts, however, challenge jurists to pursue new and underexplored research agendas. Indeed, in Brazil it is still unusual for jurists to study the implementation of public policies – much less to develop analyses of economic policies – or to critically examine in greater detail the institutional structures of such policies in light of concerns with the effectiveness of fundamental rights. In the legal field little attention is given to such policy-related issues, and whenever jurists are confronted with them, they mobilize conceptual and methodological tools that are inadequate and unfit for the purpose of facing the legal challenges arising from complex processes underlying economic development in democratic societies.

The *Symposium* offers a collection of articles forming a valuable sample of the kind of legal scholarship developed in connection with this research agenda, which is incipient in Brazil. The reader will find articles written by renowned Brazilian and foreign legal scholars, as well as by talented and promising academic researchers. All the articles characteristically engage in methodological efforts that are relatively unusual, oriented to address concrete outcomes, contradictions, dilemmas and diverse and instigating legal challenges.

The publication of the *Symposium* would not have been possible without the encouragement, support and dedication of the editors of the *Review of Em-*

pirical Legal Studies, namely professors José Roberto Franco Xavier (UFRJ), Paulo Eduardo Alves da Silva (USP) and Fernando de Castro Fontainha (UERJ). We are thankful for their support and for having been invited by them to act as guest editors of the *Symposium*. We would also like to thank Beatriz Kira for her patient and efficient assistance in keeping up with the tasks of the editorial process. Finally we are also grateful to the anonymous referees and copy-editors, as well as to researchers Pedro Salomon Mouallem, Daniel Pinheiro Astone, Jéssica Pascoal, Isabela Taranto, Hugo Luís Pena Ferreira, Ingrid Garbuio Mian, Tatiana Lourenço Emmerich de Souza, Diego de Paiva Vasconcelos, Natalia Cintra Tavares e Rafael N. L. de Freitas who have donated their time and effort in handling editorial tasks and in reviewing submitted manuscripts.

We are confident that readers will be able to find in the articles presented in the *Symposium* not only materials that may be useful for their research, but also inspiration for their own work and methodological thinking on the relations between law, economics and public policies.

São Paulo, June 2016

Marcus Faro de Castro (University of Brasília) and Diogo R. Coutinho (University of São Paulo), guest editors.

ADVOGANDO NO NOVO DESENVOLVIMENTISMO: profissionais do direito e a construção do setor de telecomunicações no Brasil emergente (dos anos 1980 aos anos 2010)¹ // *Fabio de Sá e Silva*² e *David M. Trubek*³

Palavras-chave

direito / desenvolvimento / economia / profissões jurídicas

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Advogados e desenvolvimento capitalista na periferia: uma revisão de literatura e de seus persistentes pontos cegos**
- 3 **Desenho de Pesquisa: um estudo de caso em telecomunicações no Brasil**
- 4 **A Economia política do setor de telecomunicações no Brasil: três momentos estilizados (anos 1950 aos anos 2010)**
- 5 **Advogados de empresas na construção do moderno setor de telecomunicações no Brasil: quatro estágios de atuação**
- 6 **Considerações finais**
- 7 **Referências**

Resumo

Este texto explora mudanças no papel dos advogados de empresas que atuaram na construção e operação de um importante setor da economia brasileira nos últimos trinta anos: as telecomunicações. O estudo examina três períodos na história deste setor: declínio do monopólio estatal; reestruturação global, neoliberalismo e privatização; e o recente retorno do ativismo estatal, com a configuração de um “Novo Estado Desenvolvimentista”. Em cada um desses períodos, advogados de empresas tiveram importantes, porém distintas funções. Nos dois primeiros, eles trabalharam para viabilizar a privatização e criar um mercado levemente regulado para os serviços de telecomunicações, visando, em especial, atrair investimento estrangeiro. No entanto, este quadro se altera no momento em que políticas industriais e sociais características de um “Novo Estado Desenvolvimentista” trazem novas demandas para o setor. Neste novo contexto, alguns advogados de empresas tentam resistir ao ativismo estatal, enquanto outros aceitam a legitimidade de maior intervenção do Estado, demonstram disposição para operar no âmbito de modelos mais flexíveis, e buscam negociar parcerias efetivas entre seus clientes e o poder público. A

1 Essa é uma tradução adaptada do artigo intitulado “Lawyering in new developmentalism: legal professionals and the construction of the Telecom sector in the emerging Brazil (1980s-2010s)”, que será publicado em Luciana Gross Cunha et al (Eds.), “The Brazilian Legal Profession in the Age of Globalization: The Rise of the Corporate Sector and Its Impact on Lawyers and Society” (Cambridge University Press). A tradução é de Rafael Augusto Ferreira Zanatta e de Priscila Borba da Costa e a revisão é de Fabio de Sá e Silva.

2 Técnico de planejamento e pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Research Fellow do Centro de Profissões Jurídicas da Harvard Law School. E-mail: fabio.saesilva@ipea.gov.br O autor agradece à CAPES, ao Ipea e à Harvard Law School pelo apoio concedido para a realização da pesquisa que deu origem a este texto.

3 Senior Research Fellow, Harvard Law School, Voss-Bascom Professor of Law & Dean of International Studies Emeritus, University of Wisconsin-Madison. E-mail: dmtrubek@wisc.edu.

emergência desse novo tipo de advogado e de advocacia demandará ajustes naquelas teses. Esta sequência de eventos envolve mudanças no campo do poder estatal, hierarquias nas profissões jurídicas, e relações centro-periferia, as quais desafiam as teorias existentes sobre direito, advogados e desenvolvimento capitalista.

LAWYERING IN NEW DEVELOPMENTALISM: legal professionals and the construction of the Telecom sector in the emerging Brazil (1980s-2010s) // *Fabio de Sá e Silva and David M. Trubek*

Keywords

law / development / economics / legal profession

////////////////////

Abstract

This study explores the changing role of corporate lawyers in the construction and operation of a key area of the Brazilian economy over a 30-year period. The study looks at three periods in the history of the telecoms sector: the fall of state monopoly; the era of global restructuring, neo-liberalism, and privatization; and the recent resurgence of state activism and rise of a “new developmental state”. In each period corporate lawyers played important roles but these have changed as state policy has evolved. In the first two periods, Brazilian corporate lawyers worked to facilitate privatization and create a lightly regulated competitive market for telecoms services that would attract foreign capital. But things changed when the industry was faced with demands created by the new industrial and social policies. In this period, while some corporate lawyers have tried to resist state activism, others accepted the legitimacy of greater state intervention, showed a willingness to operate within the more flexible legal order employed by the new developmental state, and sought to negotiate effective partnerships between their clients and the activist state. This sequence of events encompasses changes in the field of state power, hierarchies in the legal profession, and core-periphery relations, which challenge existing theories about law, lawyers, and capitalist development.

1 Introdução

Vários trabalhos têm demonstrado que a complexidade e a importância da advocacia empresarial no Brasil ampliaram, conforme o país experimentou maior desenvolvimento econômico e integração com a economia global (Cunha et al, no prelo). Grande parte desses trabalhos demonstra como mudanças econômicas apresentam efeitos *independentes* na organização social da advocacia, produzindo câmbios estruturais e trazendo novos desafios para as práticas e instituições que formam a advocacia empresarial no país. Este texto parte de abordagem inversa. Considerando que a economia carece necessariamente de base jurídica para operar – e que a construção dessa base jurídica é intensamente mediada por advogados –, buscamos explorar o papel dos profissionais do direito na construção de novas formas econômicas e de processos que têm sido cruciais para que o Brasil alcance o status de economia emergente. O texto oferece uma descrição densa do processo de desenvolvimento no qual surgiu uma nova elite na advocacia empresarial no Brasil, ao mesmo tempo em que examina de que forma esta nova elite ajudou a moldar aquele processo. Ao invés de enxergar a organização social do direito e da advocacia como mero resultado de mudanças na economia, portanto, nós a enxergamos como força que também auxilia a constituir tais mudanças.

O texto se baseia em estudo de caso sobre a advocacia empresarial brasileira no setor de telecomunicações, cuja trajetória em economia política se assemelha à do país como um todo. Após décadas de monopólio estatal, estabelecido no contexto de políticas do “velho desenvolvimentismo”,⁴ as telecomunicações foram o primeiro setor a ser privatizado nos governos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-1998). Não mais que duas décadas depois disso, porém, o setor se tornou lócus de ativismo social e retomada da intervenção estatal, na medida em que questões como a privacidade dos cidadãos⁵ e o acesso universal à Internet de banda lar-

4 Como explicaremos posteriormente, “velho desenvolvimentismo” se refere a crescimento econômico conduzido pelo Estado, o qual prevaleceu em países como o Brasil no início do século XX, normalmente no contexto de regimes políticos autoritários.

5 Após a controvérsia Snowden, uma coalizão entre o governo brasileiro e grupos de ativistas levou à aprovação de legislação pio-

ga tornaram-se prementes. Nos anos 90, as políticas governamentais favoreceram um regime no qual empresas privadas competiam entre si, sob regulação de uma agência independente. Nos últimos anos, no entanto, este quadro ganhou complexidade, na medida em que os governos Lula e Dilma intervíram mais ativamente para alinhar o setor com suas políticas sociais e industriais. Como esse processo se deu? Que rupturas e continuidades ele encerra? Que desafios jurídicos aí se apresentaram e como os diversos atores lidaram com estes desafios? O que tudo isso diz sobre a economia política da advocacia em economias emergentes como o Brasil?

O texto está dividido em seis seções, incluindo esta introdução. A seção 2 situa a nossa investigação nos debates teóricos sobre advogados e desenvolvimento capitalista no Sul Global. A seção 3 detalha o desenho da pesquisa. A seção 4 trata da história das telecomunicações no Brasil, revisitando as principais mudanças nas políticas governamentais e na economia política do setor entre os anos de 1950 e 2010. A seção 5 descreve o envolvimento dos advogados em quatro estágios dessa história, começando com o declínio do monopólio estatal nos anos 1980. A seção 6 discute tais descobertas e apresenta considerações finais, com ênfase no momento mais atual.

2 Advogados e desenvolvimento capitalista na periferia: uma revisão de literatura e de seus persistentes pontos cegos

Iniciamos situando nossa investigação no intrigante, mas pouco compreendido campo teórico que trata da relação entre advogados e desenvolvimento capitalista. Delimitamos esse campo com base em duas tradições acadêmicas: direito, advogados e globalização (DAG) e direito e desenvolvimento (D&D).⁶

neira sobre a governança da Internet, o Marco Civil da Internet. Conhecido como a “Carta de Direitos da Internet”, o Marco Civil busca proteger a liberdade de expressão e a privacidade, bem como promover a “neutralidade de rede”, garantindo que provedores de Internet não definirão velocidades diferentes para conteúdos e serviços diferentes. Além destas demandas, outros grupos se mobilizaram pelo direito universal ao acesso à Internet de banda larga, por meio da campanha “Banda Larga é um Direito Seu”.

⁶ Ambas estas tradições derivam do movimento “direito e sociedade” (*law and society*), do qual extraem suas premissas. Neste sentido, acadêmicos de D&D, assim como de DAG: (1) examinam a

O que chamamos DAG corresponde à abordagem original iniciada por Yves Dezalay e Bryan Garth (Dezalay & Garth, 2002a; 2002b; 2010; 2011). Tal abordagem é centrada no desvelamento dos processos sociais pelos quais instituições jurídicas ou quase-jurídicas adquiriram destaque em estruturas de governança, levando à reprodução do poder profissional dos advogados em escala global. Em particular, trabalhos de DAG inserem-se na construção da hegemonia norte-americana pós-Guerra Fria, cujos pilares do livre mercado e do liberalismo político transformam os escritórios jurídico-empresariais e as ONGs em postos avançados de um “império não imperial” (Dezalay & Garth 2010; Trubek & Santos 2006; Halliday et al. 2012). Essa “grande transformação” teve início nos anos 1980, com a queda do Muro de Berlim, ganhou fôlego nos anos 1990, com o Consenso de Washington, e teve grande impacto no direito e nas profissões jurídicas em todo o mundo. Embora os trabalhos de DAG também se debruçem sobre transformações na Europa e os EUA, o foco está em “economias emergentes”.⁷ A fim de entender tais mudanças e a forma como elas impactam e são impactadas pelas profissões jurídicas, os trabalhos de DAG se baseiam em noções como a lógica da acumulação capitalista em economias abertas, difusão, relações centro-periferia e sociologia das profissões jurídicas (Cunha et al., no prelo).

As primeiras teses sobre o papel dos advogados nessa grande transformação situavam tais profissionais no contexto de imposições unidirecionais de modelos de governança do centro para a periferia, as quais “modernizariam” as profissões jurídicas e substituiriam as elites jurídicas tradicionais – no caso do Brasil, “juristas” que combinavam capital familiar, docência

forma como profissionais do direito ajudam a suprir a lacuna entre *o direito nos livros* e *o direito em ação*, em suas interações com pessoas comuns e no interior de instituições; (2) rejeitam que profissionais do direito desempenhem papel meramente instrumental nesses processos sociais, como enunciar o conteúdo objetivo de regulações e doutrinas jurídicas que deveriam regular as relações sociais; e (3) compreendem que os profissionais do direito estão profundamente imersos nessas relações e em seus correspondentes arranjos de poder, os quais afetam e são afetados pelas formas como mobilizam seu conhecimento especializado e seu status profissional diferenciado.

⁷ Para uma discussão sobre as transformações na Europa ver Trubek, Dezalay et al. (1994).

em tempo parcial em escolas de direito de prestígio e laços com o Estado – por uma nova elite jurídica – advogados com formação no exterior e laços mais fortes com o capital e a filantropia globais. Trabalhos de DAG trouxeram leitura diferente, demonstrando que advogados, tanto do Norte como do Sul, são participantes ativos naqueles processos de difusão. Advogados do Sul colaboram com seus colegas do Norte em iniciativas que ajudam a disseminar globalmente sistemas de governança baseados em normas. Mas esta colaboração é limitada, operando apenas na medida em que ajuda a melhorar a posição relativa de seus participantes em suas “guerras palacianas”, isto é, suas lutas locais pelo campo do poder estatal. O resultado é a formação de estruturas híbridas, fruto do que Dezalay e Garth chamam de “transplantes metade bem-sucedidos, metade frustrados” (Dezalay & Garth 2002, p. 247). Exemplos são reformas nas faculdades de Direito do Sul que empoderaram novas elites intelectuais, as quais, no entanto, não apenas falharam em promover a defesa de valores liberais, como era esperado pelos reformadores, mas também se apoiaram em seu novo status para reproduzir práticas oligárquicas no campo jurídico local.

Embora a literatura em DAG traga óbvias contribuições para uma compreensão crítica do papel dos advogados no desenvolvimento econômico recente em países como o Brasil, ela deriva de um momento no qual a hegemonia norte-americana e seus pilares eram relativamente incontestados. Por isso, o DAG pode apresentar limitações para iluminar o momento no qual o Brasil e outras economias emergentes traçam novos caminhos, marcados pela retomada do ativismo estatal e por preocupações com o desenvolvimento industrial e a igualdade social, destoando, assim, dos discursos e práticas de desenvolvimento que reinaram a partir dos anos 1980.

É nesse aspecto que a literatura de D&D se torna útil. Trabalhando na intersecção entre economia, direito e práticas institucionais, os acadêmicos de D&D identificaram três momentos históricos no desenvolvimento do capitalismo tardio: o estado desenvolvimentista, o mercado neoliberal, e um “terceiro momento”, o qual se dedicaram a explorar com mais vagar (Trubek & Santos, 2006; Trubek; Alviar García; Coutinho; & Santos, 2014; Trubek; Coutinho; & Shapiro, 2014).

O “Estado desenvolvimentista” original, cuja existência geralmente está correlacionada com regimes autoritários, visava a industrialização liderada pelo Estado e a aceleração do crescimento econômico. Para tanto, baseava-se na proteção de indústrias nacionais e na participação direta do Estado na produção econômica através de empresas estatais. Neste contexto, instituições jurídicas deveriam organizar a intervenção do Estado e melhorar a capacidade burocrática. O “mercado neoliberal”, construído após o advento do consenso de Washington, enfatizou transações privadas e direitos de propriedade. Nesse contexto, instituições jurídicas deveriam restringir a intervenção do Estado e viabilizar o pleno funcionamento de empresas privadas. O “terceiro momento” baseia-se na crítica tanto do Estado desenvolvimentista como do mercado neoliberal. Ele incorpora preocupações com igualdade social e democracia, ausentes no “Estado desenvolvimentista”, bem como novas formas de colaboração entre Estado e mercado, ausentes no neoliberalismo. Assim, neste “terceiro momento”, espera-se que instituições jurídicas permitam a participação social no planejamento e na tomada de decisões no âmbito do Estado, bem como articulem novas formas (“experimentais”) de produção econômica na intersecção entre Estado e mercado (Trubek e Santos, 2006; Trubek; Alviar García et al., 2014; Trubek; Coutinho et al., 2014). No entanto, embora a literatura de D&D tenha tido a virtude de indicar a emergência de teorias e práticas de desenvolvimento econômico pós-neoliberais, ela não foi capaz de incorporar análises sobre como este processo impacta as (e tem sido impactado pelas) profissões jurídicas. Até o presente momento, a literatura de D&D se limita a estabelecer uma relação mais geral entre “o direito” e o repertório de políticas públicas deste “terceiro momento”.

Esse texto busca explorar os limites presentes nessas tradições, como ilustrado na Tabela 1. Em particular, queremos aplicar a abordagem de DAG para o cenário explorado em D&D. Entendemos que isto pode produzir descrições e explicações para novas formas de atuação dos profissionais do direito, as quais podem trazer contribuições para ambas as tradições teóricas manejadas, seja para tornar suas teses mais abrangentes, seja para tornar as perguntas que fazem mais precisas. A próxima seção detalha a estra-

tégia empírica adotada com este fim.

Tabela 1

Tradição	Argumentos	Limites
DAG	Advogados participam ativamente nas transformações econômicas; Isto ocorre não pela imposição de normas e práticas estrangeiras, mas sim por colaborações Norte-Sul que sustentam transplantes institucionais relevantes a projetos hegemônicos; Advogados participam nestes processos, porque e na medida em que estes melhoram sua posição relativa suas “guerras palacianas”	Deriva de estudos historicamente situados na construção da hegemonia norte-americana
D&D	Examina diferentes momentos nas teorias e práticas do desenvolvimento; Discute o papel do direito nestes momentos; Distingue entre os três momentos diferentes: o antigo desenvolvimentismo; neoliberalismo; e um “terceiro momento”, sendo este último de corte não-hegemônico	Não inclui profissões jurídicas na análise

3 Desenho de Pesquisa: um estudo de caso em telecomunicações no Brasil

Para conduzir o exercício enunciado na seção anterior, realizamos um estudo de caso exploratório no âmbito das transformações ocorridas no setor de telecomunicações. Além de extensas revisões da literatura e coleta de dados secundários, nossa pesquisa incluiu atividades de campo em 2014 e 2015. Realizamos entrevistas em profundidade com advogados e não advogados que lidam com telecomunicações em diversos contextos institucionais, incluindo escritórios e departamentos jurídicos, agências governamentais, ONGs e academia. O objetivo foi obter uma descrição “multiperspectiva” (Nielsen, 2014; Oberman, 2013) e densa: (i) da evolução do setor, especialmente a partir do período em que os serviços até então estatais foram privatizados, ou seja, a década

de 1990; e (ii) da forma como os advogados de empresas participaram deste processo.

Escolhemos telecomunicações porque tínhamos acesso relativamente fácil ao campo neste setor, mas também porque entendíamos que ele ofereceria um microcosmo das mudanças em curso em outros setores da economia brasileira. Como as telecomunicações foram o primeiro setor a ser privatizado na década de 1990 e abrangem serviços relevantes para vários aspectos da vida moderna, elas têm experimentado com grande intensidade as rupturas e continuidades nos modelos de economia política e desenvolvimento implementados no país.

O trabalho de campo foi estruturado em três etapas. Primeiro, após revisão da literatura, selecionamos atores-chave para conversas preliminares. Depois, desenvolvemos, testamos e atualizamos nosso protocolo de entrevista com alguns destes indivíduos. Tal protocolo tinha dois tipos de perguntas. Por um lado, queríamos que os entrevistados narrassem sua experiência com telecomunicações e as mudanças que tinham visto neste setor ao longo do tempo. Por outro lado, queríamos que entrevistados situassem profissionais do direito, suas práticas e ideologias⁸ naquela narrativa mais ampla. Finalmente, realizamos sucessivas rodadas de entrevistas com novos informantes. Embora tenhamos selecionado esses informantes por meio de técnicas como a “bola de neve” e a própria revisão da literatura, buscamos garantir amostra variada, “controlando” atributos cruciais na definição da amostra, como por exemplo anos de experiência no setor e contexto de atuação dos entrevistados.

⁸ Por “ideologia” não queremos dizer “falsa consciência da realidade”, como no pensamento marxista tradicional. Ao contrário, referimo-nos a processos de criação de significado que permeiam lutas concretas por poder (Ewick & Silbey, 1998; Silbey, 2005). Assim, enxergamos “ideologias” como forças constitutivas das profissões jurídicas e de seu papel na sociedade (Nelson & Trubek, 1992), mesmo porque os significados que os advogados atribuem ao seu próprio trabalho em algum ponto “se tornam parte do sistema discursivo e material que limita e constrange futuras construções de significados” (Silbey, 2005, p. 333-4), como é bastante claro, por exemplo, na noção de *habitus* em Bourdieu.

Tabela 2

Governo		Advocacia		Sociedade Civil	Especialistas	Total
Executivo (GOV)	Regulatório (REG)	Advogados de escritórios (ADV)	Advogados de empresas (EMP)	ONGs (ONG)	Especialistas (ESP)	
4	5	7	3	2	4	
N=9		N=10		N=2	N=4	N=25

Como resultado, a pesquisa envolveu 25 entrevistas, divididas de acordo com a Tabela 2 acima, que também inclui o esquema de codificação usado para nos referirmos aos entrevistados no texto (por exemplo, advogados atuando em escritórios serão referidos como ADV-1, ADV-2, etc.). Em geral, essas conversas levaram cerca de duas horas cada e, quando não foram gravadas, tomamos notas detalhadas do que foi dito. A análise seguiu padrões básicos de estudos de caso, com codificação qualitativa das transcrições e triangulação de entrevistas com outras fontes de dados secundários até que alcançássemos pontos de saturação. As seções posteriores apresentam os principais resultados de tal investigação.

4 A Economia política do setor de telecomunicações no Brasil: três momentos estilizados (anos 1950 aos anos 2010)

Para efeitos desta seção, economia política compreende uma área de investigação e prática que lida com a relação entre (i) decisões sobre alocação de recursos escassos e produção de riqueza no âmbito do Estado-nação, e (ii) forças sociais, políticas, culturais, institucionais e eventualmente jurídicas, que viabilizam e/ou constroem essas decisões (Mosco, 2009; Ramos, 2010; Weingast & Wittman, 2008).

Em sintonia com tal abordagem, esta seção situa a construção do setor de telecomunicações no Brasil na longa história de lutas do país para se constituir como uma economia moderna e industrial. A partir da literatura disponível e das entrevistas realizadas, destacamos três momentos estilizados dessa trajetória: (i) ascensão e queda do monopólio estatal; (ii) reestruturação global, neoliberalismo e privatizações; e (iii) o novo Estado desenvolvimentista.

4.1 Ascensão e queda do monopólio estatal (fim dos anos 1930-fim dos anos 1980)

O Brasil experimentou um processo de industrialização bastante tardio. Após o *crash* de 1929, o país adotou rota mais tarde conhecida como *substituição de importações*. Isto incluiu tanto a proteção comercial para indústrias domésticas quanto um ativismo mais forte do Estado na economia (Bolaño, 2003; Furtado, 2007; Tavares, 2011). Aumentaram-se tarifas de importação, desvalorizou-se a moeda local e o Estado adquiriu excedentes na produção de mercadorias, sustentando o lado da demanda e permitindo a acumulação de capital doméstico passível de utilização para investimentos na indústria. Além disso, o próprio Estado se tornou um agente econômico, fosse por envolvimento direto na indústria de base – como em aço e petróleo, por meio de estatais como Volta Redonda e Petrobrás –, fosse por financiamento de projetos de investimento em infraestrutura pesada, por meio do banco nacional de investimentos, o BNDES.

Durante este período, os serviços de telecomunicações eram bastante fragmentados. Por lei, todos os níveis de governo podiam conceder permissão para que empresas de telecomunicações operassem. Mais de 900 empresas diferentes ofereciam estes serviços no país, com fraca integração e nenhuma regulamentação geral ou mesmo coordenação mínima em matérias como tarifas, cobertura e interconectividade (Almeida, 1998; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Brasil, 2014; Pieranti, 2011).⁹

Na década de 1950, o Brasil havia se tornado uma economia industrial de larga escala, com capacidade para produzir tanto de bens de capital quanto de consumo. Restou claro que as insuficiências estruturais em telecomunicações seriam uma barreira para o desenvolvimento futuro. Assim, João Goulart, eleito presidente em 1961, tomou medidas para reestruturar o setor. Em 1962, Goulart aprovou um inovador

⁹ Como as tarifas estavam sob controle de governos subnacionais, às vezes, por interesses político-eleitorais locais, as empresas eram forçadas a mantê-las com preços reduzidos, o que levava algumas a graves déficits financeiros. A falta de coordenação ou regulação na cobertura e interconectividade fez com que, em algumas situações, partes inteiras do país ficassem sob completo “apagão” de serviços de telecomunicações.

Código de Telecomunicações.¹⁰ Este Código deu ao governo federal autoridade sobre serviços interestaduais e internacionais, bem como sobre “troncos” que fariam a integração de serviços em todo o país. Além disso, deu ao governo federal o poder para planejar e coordenar o desenvolvimento do setor por meio de um Conselho chamado CONTEL, bem como para montar uma empresa estatal que deveria operar no setor e perseguir aqueles novos objetivos de política pública (Almeida, 1994; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Brasil, 2014; Pieranti, 2011).

Em meio a promessas de reformas econômicas estruturais, notadamente reforma agrária, e o crescente medo contra o comunismo na América Latina que marcou a Guerra Fria, a gestão Goulart foi subitamente interrompida pelo golpe civil-militar de 1964.¹¹ Embora o regime autoritário que se seguiu tenha inicialmente abraçado uma agenda econômica ortodoxa, após 1967 houve deslocamento para políticas de desenvolvimento semelhantes à substituição de importações. O resultado foi o *milagre brasileiro*, período no qual o país cresceu consideravelmente e fez progressos em novos setores industriais.¹²

¹⁰ Meses antes de Goulart ser eleito, o então presidente Jânio Quadros suspendeu as atividades da Rádio Jornal do Brasil – o que era tecnicamente possível de se fazer, com base nas leis existentes – em resposta a críticas divulgadas contra seu governo. Assim, empresas privadas que operavam serviços de rádio e TV viram o Código como uma oportunidade para obter proteção contra os governos. Ao mesmo tempo, estudos militares em temas de segurança nacional eram críticos da estrutura fragmentada do setor de telecomunicações brasileiro e apoiavam a filosofia centralizadora do Código. Goulart vetou algumas provisões do Código, tentando aumentar o poder do governo sobre o setor. Porém, seus vetos foram derrubados pelo Congresso, expressando a força do lobby das empresas de rádio e TV, fato do qual a elite política brasileira da década de 1990 parece ter se recordado ao promover, décadas mais tarde, a reestruturação que configurou o atual sistema (Pieranti, 2011, pp. 27-34).

¹¹ Seguindo a discussão contemporânea sobre esse período, em especial na comunidade de justiça de transição, preferimos usar o termo “civil-militar”, ao invés de somente “militar”. Isso serve para enfatizar o papel proeminente que forças civis tiveram no golpe e nas fases do governo subsequente, papel este que o termo “militar” tende a ocultar.

¹² Todavia, isto ocorreu mediante o agravamento das desigualdades e ausência de democracia e respeito a direitos civis. O então ministro Delfim Netto ficou famoso ao afirmar que era “preciso fazer o bolo crescer para depois dividi-lo”, o que sabidamente nunca aconteceu. Já iniciativas recentes, como a Comissão da Verdade, documentaram o uso sistemático de tortura e violência contra indivíduos e grupos que eram supostamente dissidentes do regime,

As telecomunicações tiveram trajetória semelhante. Embora o novo governo até tenha feito debates na perspectiva de liberalização do setor, forças nacionalistas preocupadas com desenvolvimento econômico e segurança nacional prevaleceram.¹³ Em 1965, o presidente Castelo Branco (1964-1967) criou a Embratel, estatal que faria integração interestadual e cuidaria dos serviços internacionais de telecomunicações. Em 1967, foi criado o Ministério das Comunicações (MNICOM), que centralizou a autoridade sobre todos os serviços de telecomunicações. Em 1972, foi criada a Telebrás, holding estatal que começou a comprar as pequenas empresas que operavam no setor, transformando-as em estatais subsidiárias. Isto criou uma rede única e integrada sob controle do setor público. Por fim, em 1975 o governo criou o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico (CPqD), instituição pública de pesquisa e desenvolvimento que conduziria projetos em áreas relevantes para telecomunicações (Almeida, 1994; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Braz, 2014; Pereira Filho, 2002; Pieranti, 2011).

Sob monopólio estatal, o setor de telecomunicações teve notáveis avanços. De 1975 a 1985, telefones fixos saltaram de 2 para 12,4 milhões, enquanto que a teledensidade passou de 1,9 para 8,1 telefones fixos/100.000 habitantes. O CPqD tornou-se um dos cinco melhores centros de P&D em telecomunicações

casos para os quais, aliás, até o momento houve poucos esforços de responsabilização.

13 De acordo com Oliveira, o primeiro presidente de Telebrás: “Quando começou o governo Castelo Branco, já havia sido baixado um decreto pelo Jango para a organização da Embratel. Mas existiam, dentro do setor interessado em telecomunicações, principalmente duas correntes: uma que queria colocar a Embratel, como estava determinado no Código, e a outra que achava que não devia ser criada a Embratel e que a concessão devia ser dada para uma companhia qualquer, uma companhia estrangeira que fosse fazer esse serviço ... O que faz o Castelo? Ele diz: ‘Vou suspender esse negócio.’ Eu não sou capaz de dizer quem deu essa sugestão para ele. Nessa época, eu era consultado uma vez ou outra, não era minha obrigação, de modo que eu não entrava no problema. Então, foi feita a sugestão de que se aguentasse um pouco a criação da Embratel enquanto houvesse uma discussão em torno do problema... No fim de um ano, o Castelo bateu o pé e disse: ‘Acabou esse negócio de discussão. Vamos cumprir o que está na lei e vamos criar a Embratel.’ Quando ele disse isso, o [José Claudio] Beltrão [Frederico] (oficial da Marinha favorável à solução privatista, recém nomeado presidente do CONTEL) faz uma carta para ele pedindo demissão, dizendo que não concordava com aquela solução”. (Oliveira, 2005, pp. 78-79).

em todo o mundo (Almeida, 1994; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Brasil, 2014; Pieranti, 2011). Mas a demanda crescia a um ritmo ainda maior e, ao final dos anos 1970, quando o Brasil enfrentava graves problemas financeiros, as perspectivas para o setor se tornaram extremamente negativas.

Ao final dos anos 1980, quando o Brasil iniciava sua transição para a democracia, o setor caía aos pedaços.¹⁴ Os serviços disponíveis eram insuficientes e ultrapassados e o sistema Telebrás estava altamente deficitário.¹⁵ A quebra do monopólio estatal e a possível participação de empresas privadas no setor tornaram-se elementos frequentes nas conversas e todos os governos que se sucederam buscaram alguma maneira de viabilizá-lo. Em meados dos anos 1990, um deles, enfim, teria sucesso.

4.2 Reestruturação global, neoliberalismo e privatização das telecomunicações no Brasil periférico (anos 1980 aos anos 1990)

Embora dramática, a situação das telecomunicações era, àquela altura, um dos menores problemas para o Brasil. Afinal, o país estava às voltas com altos níveis de endividamento, baixa taxa de crescimento e altos níveis de desigualdade. Ainda assim, havia forte pressão internacional para que o país abrisse o mercado neste setor. Com as telecomunicações tendo se tornado mais estratégicas, tanto por razões econômicas quanto por razões políticas, países centrais, especialmente Reino Unido e EUA, promoveram grandes mudanças no setor, visando expandir a cobertura, modernizar a infraestrutura e reforçar a liderança em P&D (Bolaño, 2003).¹⁶

14 Uma anedota de 1994 ilustra essas dificuldades, que persistiam no tempo: quando a seleção brasileira estava jogando as semifinais da Copa do Mundo contra a Holanda, centenas de pessoas foram fotografadas em pé, em fila, em frente ao estádio do Pacaembu, em São Paulo. Todo aquele sacrifício era para se candidatar à obtenção de uma linha de telefone fixo, que lhes custaria US\$ 1.200,00 parcelados em dois anos, na esperança de que, de fato, até o final deste período, seriam capazes de obtê-la (Pieranti, 2011, p. 215).

15 Isto se devia em parte à natureza estatal da Telebrás, que permitia que suas receitas fossem direcionadas para financiar outras atividades do governo, em especial no momento em que a crise da dívida externa estava estrangulando a capacidade de investimentos públicos.

16 Com as cadeias de produção industrial e circulação do capi-

Tais mudanças levaram a oligopólios, nos quais campeãs nacionais (privadas ou estatais) eram sempre peças centrais. Na medida em que essas empresas enfrentaram saturação dos seus mercados locais e precisaram ampliar o retorno sobre seus investimentos, elas começaram a buscar oportunidades no exterior. Esse movimento foi apoiado por seus governos nacionais, que começaram a exigir a liberalização global em serviços de telecomunicações.

Cresceu, assim, a atividade diplomática em organizações internacionais como a União Internacional de Telecomunicações das Nações Unidas (UIT).¹⁷ No início dos anos 1980, a filosofia predominante na UIT era de valorização da soberania nacional sobre redes de telecomunicações e crítica à privatização. Em 1988, os EUA e o Reino Unido pressionaram agressivamente esta organização para que adotasse postura mais aberta em relação à concorrência global e à participação privada no setor. Em 1991, a UIT começava a apoiar a ideia de que países em desenvolvimento deveriam reestruturar seus setores de telecomunicações de acordo com tais princípios.¹⁸ Enquanto isso, os serviços de telecomunicações no Brasil con-

tal financeiro fragmentadas e espalhadas em nível mundial, as rápidas mudanças tecnológicas fizeram das telecomunicações um componente crucial na redução de custos e no aumento da eficiência. Quando se tornou claro, como o assessor político da Casa Branca Brzezinski declarou em 1974, que “a dominação do mundo ocorreria não mais através de exércitos, mas sim através de redes” (Bolaño, 2003, p. 5), países centrais sentiram-se pressionados a reestruturar os seus setores de telecomunicações, a fim de manter e expandir seu poder relativo na economia internacional. Além disso, as telecomunicações se tornaram parte de outra transformação estrutural nas sociedades modernas: a constituição de uma nova esfera pública. À semelhança do que TV representou no estado de bem-estar, novas tecnologias de telecomunicações passaram a constituir os meios através dos quais formava-se a opinião pública, tomavam-se decisões estratégicas em política e negócios, e se anunciava e comercializava em escala global uma crescente variedade de produtos e serviços (Bolaño 2003, p. 5).

¹⁷ Sobre o papel do Banco Mundial na promoção da mesma agenda, ver Ismail (2006).

¹⁸ Braz (2014, p. 134) explica que, neste momento outra agência da ONU, a UNESCO, publicou o chamado relatório McBride, que “reconhecia o acesso desigual à informação e à comunicação, referendava a importância das comunicações para a soberania e o desenvolvimento dos países, criticava a concentração da mídia e recomendava que as nações regulamentassem e implementassem políticas de comunicações.” Discordando do relatório, os EUA, o Reino Unido e Japão deixaram a UNESCO, ao mesmo tempo em que aumentaram seus investimentos diplomáticos na UIT.

tinuaram deteriorando e soluções para melhorar as finanças da Telebrás, como subsídio cruzado entre chamadas locais e interurbanas, mostraram-se disfuncionais para a empresa e para a economia como um todo (Almeida, 1994; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Braz, 2014; Pieranti, 2011).

Houve várias tentativas para entregar serviços de telecomunicações ao setor privado, as quais, no entanto, ou perderam força na agenda governamental ou foram obstadas com sucesso por trabalhadores da Telebrás e ativistas nacionalistas (Dalmazó, 2002).¹⁹ Até que, em 1994, Fernando Henrique Cardoso foi eleito presidente com promessa explícita de abertura das telecomunicações para o setor privado. Cardoso nomeou seu amigo Sergio Motta, até então uma figura relativamente desconhecida, como ministro das Comunicações. Motta – apelidado de “trator”, por sua capacidade de alcançar seus objetivos, ainda que fosse necessário “atropelar” os adversários – assumiu esse desafio.²⁰

Motta enfrentava um contexto mais favorável do que seus antecessores.²¹ Cardoso tinha base sólida no Congresso, a Telebrás não mais gozava de forte apoio popular, e até mesmo os seus trabalhadores e tradicionais aliados sentiam que não seriam mais capazes de impedir iniciativas do governo para liberalizar o setor. Ao contrário, alguns deles já haviam concordado que a participação do capital privado era a única

¹⁹ Em 1987, no que ficou conhecido como o *caso Victori*, o MINICOM anunciou que o Brasil abriria seu mercado de comunicações por satélite. Isto, porém, era particularmente benéfico para a multinacional Victori Comunicações S/A, que tinha o grupo de mídia brasileiro Organizações Globo como um de seus principais acionistas. Isso causou uma forte reação dos trabalhadores e administradores da Embratel e o Ministro teve de voltar atrás. Tensões semelhantes e eventos críticos ocorreram em 1988 – antes e durante a Assembleia Nacional Constituinte –, 1991, com tentativas de entregar serviços de telefonia celular “Banda B” para empresas privadas, e 1993, durante a assembleia de revisão constitucional.

²⁰ Sobre Motta e sua gestão no MINICOM, ver Prata, Beirão & Tomioka (1999).

²¹ No entanto, Motta e Cardoso tiveram cuidado suficiente para não sinalizar que estavam considerando a privatização do sistema Telebrás até que esta decisão fosse finalmente tomada. Dalmazó mostra que durante a campanha presidencial Cardoso havia dito que iria apenas “flexibilizar” o monopólio estatal. Braz mostra que, em oito meses, Motta fez três declarações públicas diferentes sobre seus planos para o setor, nenhuma das quais refletia o que de fato ocorreu.

esperança para o setor. Internacionalmente, o chamado consenso de Washington estava em plena vigência e organizações como o FMI e o Banco Mundial começavam a demandar que países em desenvolvimento endividados promovessem ajustes estruturais como condição para acesso aos seus programas de crédito. Em poucas palavras, isso significava reduzir gastos do governo e déficits públicos, privatizar empresas estatais existentes e tornar as economias locais mais abertas ao capital global (Almeida, 1994; Aranha, 2005; Bolaño, 2003; Brasil, 2014; Dalmazo, 2002; Pieranti, 2011).²²

Depois de aprovar emenda constitucional que quebrou o monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações, Motta e sua equipe começaram a discutir alternativas para o setor. Várias das opções disponíveis mantinham algum papel para a Telebrás,²³ mas Motta e sua equipe adotariam caminho diferente. Braz relata que, em 1995, o MINICOM assinou um acordo de vários milhões de dólares com a UIT para a obtenção de assistência técnica para a reestruturação do setor.²⁴ Por meio deste acordo, a UIT contrataria empresas de consultoria e advogados para que fornecessem soluções regulatórias e projetos legislativos em apoio aos dirigentes do órgão empenhados na referida reestruturação.

22 Desta perspectiva, pode-se dizer que o Consenso de Washington estava fundado em premissa “tecnocrática”, em argumento “científico” sobre o desenvolvimento econômico, que previa que a atração de capital estrangeiro nos países em desenvolvimento *causaria* a prosperidade destes. Esta narrativa causal forneceu legitimidade às reformas institucionais voltadas para a remoção de barreiras para o capital global na década de 1990 (Gupta, 2015).

23 Maculan e Legey (1996) analisaram as experiências correntes em nível internacional e encontraram um vasto espectro de possibilidades de regulação e governança do setor após a privatização. Nos debates específicos ao contexto brasileiro, os trabalhadores da Telebrás abraçaram o projeto Brasil Telecom, em que a Telebrás seria reorganizada e sujeita a concorrência regulada contra outros operadores no mercado, mantendo-se, porém, como empresa pública. Outros concordavam com a transferência de propriedade da Telebrás para o setor privado, mas defendiam que o Estado brasileiro deveria manter ações com poderes especiais (*golden shares*), as quais poderia utilizar para promover interesses nacionais e estratégicos na empresa daí resultante (Braz, 2014; Dalmazo, 2002).

24 Esse acordo foi assinado primeiramente em 1996, com o orçamento de 5,1 milhões de dólares, sendo renovado em 1997 com um orçamento atualizado de 16,6 milhões de dólares (Braz, 2014, pp. 155, 159).

Braz demonstra que as empresas de consultoria contratadas haviam servido como polos na produção de teorias e soluções alinhadas com o consenso de Washington. Assim, argumenta ele, a própria presença da UIT e dessas empresas no processo de reestruturação das telecomunicações no Brasil era sinal do script que os dirigentes do MINICOM viriam a seguir: a Telebrás seria vendida;²⁵ o governo obteria algum capital com esta venda, reduzindo assim seu déficit fiscal;²⁶ e uma nova estrutura de regulação e governança no

25 Para o público local, Cardoso dizia conduzir um processo de modernização que iria “encerrar a Era Vargas”, em referência a Getúlio Vargas, um dos artífices do “estado desenvolvimentista” no Brasil. Quando Cardoso deixou o Senado para concorrer ao cargo de presidente, ele fez um discurso considerando Vargas como “parte de nosso passado político, que obstrui o presente e atrasa o progresso na sociedade brasileira”. Partindo de fragmentos desse discurso, Gomide (2011, p. 18) afirma que “estabilidade macroeconômica, abertura econômica e mudanças na natureza da intervenção econômica do Estado (de fornecedor direto de bens e serviços para “arquiteto da uma estrutura institucional que assegure a plena eficácia de um sistema de preços relativos”) foram as bases do governo de Cardoso e do seu projeto (neoliberal) de desenvolvimento.”

26 Analistas consideram que a maximização do retorno nos leilões de venda do sistema Telebrás era uma preocupação fundamental do governo. Isto trouxe duas consequências: vários obstáculos ao investimento foram removidos, enquanto outros objetivos de desenvolvimento foram postos em segundo plano. Por exemplo, quando o processo de reestruturação começou, o governo traçou uma distinção absolutamente artificial entre rádio-televisão e outros serviços de telecomunicações, canalizando todos os seus esforços para reestruturar estes últimos. Isto serviu para evitar disputas políticas (e o consequente atraso) que surgiriam se este pacote todo fosse sujeito a revisão, como ocorreu no processo legislativo do Código de 1962. Além disso, antes de vender a Telebrás, Cardoso criou o Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal (PASTE), que acentuou os investimentos em telecomunicações. Isso reduziu os custos futuros de infraestrutura, tornando o setor mais atraente para potenciais investidores (Almeida, 1998). Da mesma forma, o Estado participou ativamente do processo de privatização através do financiamento de consórcios privados formados para adquirir fragmentos do Sistema Telebrás. O financiamento foi fornecido pelo BNDES a juros subsidiados, o que aumentou a perspectiva de retorno e tornou o investimento privado no setor mais atraente (Braz, 2014). Por fim, a Telebrás foi reorganizada em doze empresas menores, cada uma com jurisdição sobre uma região e com autorização para explorar um determinado tipo de serviço. Nesta divisão, o estado de São Paulo, de alta densidade populacional e industrial, foi tratado como uma região em si mesmo. São Paulo poderia ter sido colocado em uma região com estados ou cidades menos desenvolvidos, que assim seriam atendidos por uma empresa mais vigorosa. No entanto, isto provavelmente reduziria o valor de mercado de São Paulo, algo com que Motta e sua equipe, assessorados pelas empresas internacionais de consultoria, não concordariam.

setor, muito mais aberta ao capital estrangeiro, seria construída,²⁷ inaugurando, assim, um processo mais amplo de reforma do Estado brasileiro.

Sob essa inspiração, a reestruturação das telecomunicações no Brasil evoluiu em ritmo acelerado. Em menos de três anos, Motta e Cardoso propuseram e aprovaram: (i) uma emenda constitucional quebrando o monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações, em 1995; (ii) uma lei mínima permitindo a participação de empresas privadas em serviços de telefonia celular da “Banda B”, em 1996; e, finalmente, (iii) uma ampla reforma no setor através da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), em 1997. Esta reforma teve dois componentes principais: (i) estabeleceu regime jurídico mais favorável ao mercado na disciplina dos serviços de telecomunicações; e (ii) criou uma agência independente para regular o setor.²⁸

Em abril de 1998, Motta teve uma infecção, da qual não sobreviveu. Em julho do mesmo ano, sua viúva foi convidada a participar da celebração da venda da Telebrás.²⁹ Pouco tempo depois, as promessas e riscos decorrentes da privatização já seriam visíveis. Os limites entre mercado e Estado haviam sido drasticamente redefinidos e empresas privadas eram agora

totalmente responsáveis pela oferta dos serviços no setor. A demanda era atendida mais facilmente e outros serviços e tecnologias – especialmente telefones celulares em planos pré-pagos – vinham sendo rapidamente disseminados.³⁰ No entanto, as tarifas aumentaram, e – como as telecomunicações haviam se tornado essencialmente bens de mercado –, o acesso a tais serviços era condicionado à capacidade de pagamento.³¹ Além disso, o setor estava sendo rapidamente desnacionalizado: a preferência por atrair capital estrangeiro na privatização conduziu à dominação do setor por multinacionais estrangeiras. Por fim, a nova estrutura de telecomunicações no Brasil parecia reforçar o fosso tecnológico entre o país e as economias centrais. Com a crescente dependência de multinacionais estrangeiras e a diminuição da infraestrutura estatal para iniciativas ousadas de P&D, o Brasil provavelmente ficaria para trás em relação aos países desenvolvidos, com implicações de curto e longo prazo para a sua trajetória de desenvolvimento. Nas palavras de Bolaño:

Mas aqui há um paradoxo, pois, se o usuário, o consumidor, tem tido acesso aos frutos da revolução das tecnologias da informação e da comunicação, o país parece ter perdido a competência tecnológica que detinha, ou melhor, a capacidade de aprendizagem e de apropriação do progresso técnico

27 Em 1996 e 1997, Motta promoveu uma turnê (*road shows*) sobre telecomunicações do Brasil. Foram “encontros com empresários internacionais cuidadosamente selecionados”, em que Motta “fazia apresentações sobre as reformas econômicas empreendidas no país ao longo dos últimos cinco anos ... e falava sobre o contexto e as recentes mudanças nos serviços de telecomunicações no país”. As apresentações aconteceram em Tóquio/Japão; Nova York/EUA; London/UK; Frankfurt/Alemanha; Paris/França; e Lisboa/Portugal. O próprio presidente Cardoso acompanhou Motta em Tóquio e Paris (Braz, 2014, p. 153).

28 Para detalhes sobre esses componentes ver, em especial, as seções 5.2 e 5.4 infra.

29 Este momento foi registrado em fotografia na qual ela aparece junto com o presidente Cardoso e o novo Ministro das Comunicações, Luis Carlos Mendonça de Barros, segurando o martelo usado no leilão simbólico no qual o sistema Telebrás foi entregue ao capital privado. Mais tarde, Barros e outros funcionários, como o presidente do BNDES André Lara Resende e o próprio Presidente Cardoso foram apanhados em conversas gravadas discutindo medidas para montar o consórcio Telemar. Tal consórcio comprou partes do então sistema Telebrás, com jurisdição sobre as regiões Norte-Nordeste do Brasil. Nessas conversas, Cardoso autorizou Barros a falar em seu próprio nome com os representantes da Telemar, com promessas de financiamento do BNDES para a aquisição de tal parcela da Telebrás. Com exceção de Cardoso, todos os outros indivíduos envolvidos renunciaram aos seus cargos no governo.

30 Mas veja a ressalva de Cavalcante (2011, pp. 8-9): “Para alguns, estaria, então, atestada a democratização dos serviços de telecomunicações por meio da universalização da telefonia celular no país... Ocorre que a equação não é assim tão simples (pois este dado) não significa que as pessoas façam uso efetivo de seus aparelhos para comunicação, os quais podem ser mais bem comparados a “orelhões” de bolso... O maior indicador do problema é a grande discrepância entre a quantia de pós-pagos e pré-pagos no país. Em 2009, dos 175 milhões de assinantes, 143,6 milhões são portadores de pré-pagos (ou seja, 82,55%)... a consequência é um subsídio às avessas, isto é, quem menos pode pagar tem um dispêndio muito maior para usar o telefone, enquanto que os “bons consumidores” – pessoas com maior renda e empresas – possuem planos com aparelhos gratuitos e tarifas mais baixas”.

31 Como explicamos adiante, prestadores de serviços de telefonia fixa devem cumprir obrigações de *universalização* destes serviços. No entanto, isto tem sido entendido fundamentalmente como expansão no número de telefones fixos, instalação e manutenção de telefones públicos (“orelhões”), e cumprimento de normas de acessibilidade para pessoas com deficiência. Não houve exigências iniciais, por exemplo, de que serviços mais baratos fossem fornecidos para famílias de baixa renda, o que de fato foi visto como incompatível com um modelo de concorrência regulada (para uma crítica desta escolha de política pública, ver Coutinho, 2005).

que o antigo sistema TELEBRÁS – e as relações que o seu CPqD mantinha com a indústria e a universidade brasileiras – apresentava, a ponto de colocar o país entre os exportadores de tecnologia. O que se verifica hoje, ao contrário, é o crescimento acelerado da importação de componentes, equipamentos e produtos acabados, aumentando o déficit comercial do setor. (Bolaño, 2003, p. 3)

Em 2002, quando que esse modelo amadurecia e suas contradições se tornavam mais aparentes,³² o metalúrgico e líder do Partido dos Trabalhadores, Luiz Inácio Lula da Silva, foi eleito presidente. Internacionalmente, os ventos do consenso de Washington sopravam com menos força, em meio a estagnação econômica e altas taxas de desemprego nas economias periféricas. Era um período fértil para novas filosofias e práticas de desenvolvimento. O Brasil enfrentaria os desafios desse novo momento? Teria isto qualquer impacto sobre o setor de telecomunicações? Se sim, de que tipo?

4.3 Telecomunicações e o Novo Estado Desenvolvimentista no Brasil emergente (2003-2010)

A trajetória das telecomunicações³³ sob Lula segue um padrão que pode ser visto em outras áreas, como política econômica (Barbosa & Souza, 2010; Teixeira & Pinto, 2012; Trubek; Alviar García et al., 2014; Trubek; Coutinho et al., 2014) e política social (Campello

32 Esta reivindicação não ficou restrita à esquerda do espectro político. Rhodes (2006, p. 162) relata que em 1998, Delfim Neto, o intelectual de direita e ex-Ministro mencionado anteriormente (nota 9, supra) comentou que: “os consumidores brasileiros não entendiam os preços elevados que estavam pagando, e as concessionárias não estavam cumprindo com suas obrigações. Enquanto isso ocorresse..., o Brasil continuaria a ser um prisioneiro dos ‘neocolonialistas adoradores do Deus do livre mercado’ e não se tornaria um “player global”.

33 Deste ponto em diante no texto, trataremos de telecomunicações no sentido mais restrito da LGT, como estruturalmente separada de serviços de rádio-televisão e do complexo multimídia. Isto porque, nos governos Lula e Dilma (mais à esquerda do espectro político) os setores de rádio-televisão e multimídia foram palco de outras discussões, propostas e tensões em aspectos como concentração econômica e política da propriedade de mídia, sistemas de classificação de conteúdo e obrigações de interesse público por veículos de mídia. Embora tais questões sejam fascinantes – e a distinção sempre artificial entre telecomunicações e da rádio-televisão perca sentido em um momento de rápida convergência tecnológica –, elas infelizmente extrapolam os objetivos do presente artigo.

& Neri, 2013; Coutinho, 2014; Rego & Pinzani, 2014). A tensão entre expectativas de transformação e contrangimentos estruturais levou a um processo mais ou menos doloroso, mais ou menos bem-sucedido de aprendizagem.

Os primeiros anos do governo Lula causaram mal-estar político e tensão institucional nas telecomunicações. Junto com Miro Teixeira (Rede-RJ), o ministro que primeiro nomeou para o MINICOM, Lula herdou um setor funcionando sob o regime de mercado (Bolaño & Massae, 2000; Mattos & Coutinho, 2005). Empresas privadas eram os únicos provedores dos serviços; uma agência reguladora independente, a ANATEL, fiscalizava e decidia questões relacionadas a esses serviços; e as leis que disciplinavam o funcionamento do setor e informavam a atividade da Agência visavam a imposição de restrições mínimas à concorrência. Assim, o Executivo federal tinha capacidade muito limitada para redefinir os objetivos e meios para o desenvolvimento do setor.

Lula e Teixeira eram críticos dessa estrutura institucional e sempre que podiam tratavam de deixar isto claro. Em referência à ANATEL, Lula disse certa vez que Cardoso havia “terceirizado o governo”.³⁴ Em 2003, houve debate feroz sobre as tarifas nos contratos de telefonia fixa (Mattos, 2003). A ANATEL havia autorizado o aumento das tarifas segundo os termos previstos no contrato de concessão assinado com as empresas, mas grupos de defesa do consumidor e gestores federais consideravam as novas tarifas muito elevadas. Eles argumentavam que os índices aplicados haviam se tornado distorcidos e que os novos valores contribuiriam para o aumento da inflação.³⁵

34 Folha de São Paulo, Lula critica agências e afirma que fará mudanças. 20/02/2003, p. A1. Edição São Paulo (“O Brasil foi terceirizado. As agências mandam no país”, disse... em almoço com líderes congressuais... Lula criticou as agências ao dizer aos líderes que fica sabendo dos aumentos decididos por elas pelos jornais. ‘As decisões que afetam o dia-a-dia da população não passam pelo governo.’”, p. A4).

35 Teixeira propôs que “o ajuste fosse pelo índice de preços ao consumidor amplo (IPCA) ao invés do índice geral de preços (IGP-DI)... O índice de preços ao consumidor indicava inflação de 17%, enquanto o índice geral de preços indicava taxa de 32 %. A proposta, no entanto, encontrou forte resistência mesmo dentro do governo, pois alguns acreditavam que ela implicaria violação de dispositivos legais e contratos de concessão. O Presidente, então, apresentou uma nova proposta limitando os aumentos de 2003 a 17% e ro-

Não obstante esses questionamentos, a ANATEL manteve os índices contratados. Teixeira, então, fez um discurso afirmando que não poderia fazer nada a respeito, mas que a ANATEL estava errada e os consumidores deveriam recorrer à Justiça para obter a revisão dos seus contratos. O Ministério Público Federal acompanhou a sugestão do Ministro e entrou com diversas ações. Tribunais federais concederam liminares que impediram a ANATEL de aplicar o reajuste.

A ANATEL defendeu sua posição nos Tribunais e acabou se sagrando vencedora. No entanto, o episódio gerou quebra de confiança entre a ANATEL e o executivo federal. Lula enviou ao Congresso um projeto de lei visando reduzir o poder das agências reguladoras *vis-à-vis* o executivo federal. Embora esse projeto de lei nunca tenha sido votado, em junho de 2003 Lula assinou o Decreto nº 4.733, por meio do qual começou a incidir sobre as telecomunicações, mesmo que de maneira lateral e sutil, como pela definição de “inclusão social” e “desenvolvimento industrial” como objetivos fundamentais das políticas do setor e pela exigência de que a agência implementasse métodos baseados em custos para definir as tarifas nos serviços de telefonia fixa. Em janeiro de 2004, em meio a essas ofensivas, o presidente da ANATEL renunciou e deixou a agência, embora por lei pudesse permanecer no Conselho de Administração até novembro de 2005.

Mesmo tendo nomeado outro presidente para a ANATEL, Lula não foi capaz de superar plenamente as limitações institucionais existentes e mudar o curso do setor. Os primeiros sinais de mudança só vieram em 2006, quando o novo Conselho de Administração da agência começou a exigir “obrigações de contrapartida” ao examinar demandas das empresas relativamente a outros serviços que não os da telefonia fixa. Essas obrigações, colocadas pela agência como “pré-condição” para conceder as autorizações pleiteadas, em geral se relacionavam a objetivos de inclusão social, como ampliação da cobertura e disponibilização de tecnologias para comunidades pobres. As empresas não aplaudiram esta nova prática

lando o restante pelos três anos seguintes... A ANATEL, porém, não aceitou a proposta do governo” (Prado, 2008, pp. 455-456). Aranha acrescenta que: “Em um recurso ao Supremo Tribunal... empresas chegaram a declarar que abriam mão da diferença entre os índices se o Tribunal revogasse a liminar” (2008, p. 17).

regulatória, mas a ANATEL continuou a usá-la. EMP-3 descreve essas mudanças nos seguintes termos:

No passado, nós apresentávamos pedidos perante a ANATEL e eles iriam definir se nossos pedidos estavam de acordo com a lei ou não. Então eles começaram a introduzir obrigações de contrapartida. Por exemplo, queríamos oferecer serviços de TV por satélite. Nós peticionávamos o pedido de autorização. Eles diziam: “Nós vamos aprová-lo se você aceitar uma obrigação de contrapartida em benefício da sociedade, que envolve a instalação de antenas de TV por satélite em escolas, comunidades pobres, etc.”. Nós pensávamos: “De jeito nenhum nós podemos fazer isso, se aceitarmos eles vão colocar essas pré-condições em todos os nossos pedidos. Nós temos o direito de obter estas autorizações”. Mas nós o fizemos.

Em 2007, as mudanças foram guiadas por outro conjunto de eventos (Aranha, 2015; Peixoto, 2010; Pena; Abdalla Júnior; & Pereira Filho, 2012). Tudo começou quando Lula abordou um de seus assessores mais próximos com pedido de ideias para conectar as escolas públicas à Internet. De acordo com esse ex-assessor (GOV-2):

Lula achava inaceitável que estivéssemos entrando no século 21 e nossos filhos que frequentavam escolas públicas fossem analfabetos digitais. Ele havia discutido isso com seus ministros das Comunicações e da Educação, mas achava que isso não iria para a frente sem coordenação da Presidência. É sempre difícil fazer coisas que envolvem duas autoridades; há sempre muito conflito, muita discordância, muita disputa por protagonismo. Eu nem sequer havia trabalhado com qualquer coisa relacionada a isso, mas ele me pediu para assumir a coordenação e eu me comprometi a fazê-lo.³⁶

36 Razões políticas também podem ter contribuído para fortalecer essa preocupação com a expansão do acesso à Internet. Por exemplo, GOV-4 argumenta que, embora tenha havido tensões cruciais no âmbito da política de Comunicações durante o primeiro governo Lula, “a maioria do governo não tinha entendido o caráter estratégico das comunicações... E eu entendo que isso começou a mudar depois do (escândalo de corrupção conhecido como) mensalão. Naquele momento, o governo percebeu que havia um discurso dominante e fortemente disseminado na mídia contra o governo e que não havia vozes alternativas circulando. Isso foi mais ou menos no final do primeiro

Para entender o que vem a seguir e como isso provocou mudanças na regulação e governança das telecomunicações, devemos ter em mente que os contratos de concessão que as empresas prestadoras de serviço de telefonia fixa haviam assinado com o governo impunham certas obrigações. Uma delas era promover a universalização dos serviços aos cidadãos, conforme estabelecido em Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMUs) editados pelo Presidente da República após discussões públicas conduzidas pela ANATEL. Inicialmente, esses planos exigiram que as empresas instalassem telefones públicos (“orelhões”) em todo o país. Mais tarde, Lula expandiu essa obrigação para incluir estações multisserviço, as quais agregavam a oferta de fax e Internet discada.³⁷

Em 2008, estava claro que tais estações multisserviço eram caras e em obsolescência. As empresas abordaram a ANATEL e se ofereceram para substituí-las por “backhaul”, uma infraestrutura de conexão à Internet.³⁸ A ANATEL gostou da proposta, eis que ela tornaria a Internet de banda larga disponível para 3.439 municípios até dezembro de 2010 (Duarte & Silva, 2009). Mas Ministros e assessores de Lula viram nessas negociações uma oportunidade para obter mais. Eles entraram na discussão entre a ANATEL e as empresas

mandato de Lula. Então, ele é reeleito e traz (o jornalista e ativista de esquerda na década de 1960) Franklin Martins para seu gabinete ... e Martins transforma as comunicações em um problema público”.

37 GOV-2 comentou: “Nós começamos a entender como o setor de telecomunicações funcionava e percebemos que havia revisões periódicas das obrigações de universalização dos serviços de telefonia fixo, as quais as empresas deviam cumprir como parte de seus contratos de concessão... Em 2003, tivemos uma primeira revisão deste plano e o MINICOM começou uma conversa sobre a introdução de obrigações relacionadas com a instalação e manutenção de estações multisserviços de telecomunicações. Estas estações deveriam oferecer não apenas acesso a telefones públicos, mas também a fax, Internet discada, etc... Em 2006, tivemos uma segunda revisão do plano e incluímos estas estações”.

38 “Backhaul é o termo utilizado na indústria de telecomunicações para se referir às conexões entre um sistema central e um nó subsidiário. Um exemplo de backhaul é a ligação entre uma rede – que poderia ser a Internet ou um conjunto de redes que podem se conectar à Internet – e as estações de base de torres de celular que roteiam o tráfego sem fio para sistemas com fio” (Moore, 2013, p. 19) “Visualizando toda a rede hierárquica como um esqueleto humano, a rede principal representaria a coluna vertebral, as ligações de backhaul seria membros, as sub-redes periféricas seriam as mãos e os pés, e as ligações individuais dentro dessas sub-redes periféricas seriam os dedos das mãos e pés” (Disponível em: <<http://itlaw.wikia.com/wiki/Backhaul>>, acesso 6 jun, 2015).

e demandaram que a troca também envolvesse a obrigação de prestar serviços gratuitos de Internet de banda larga para 56.865 escolas públicas no mesmo prazo, no que batizaram como o *Programa Banda Larga nas Escolas*. As empresas inicialmente resistiram a essa demanda mas ao final concordaram em atendê-la.³⁹

Além de ter produzido tais inovações de política pública, o Banda Larga nas Escolas ajudou a articular vários grupos com ideias transformadoras para as telecomunicações no governo Lula. Como resulta de nossa troca com o mesmo ex-assessor (GOV-2):

Entrevistador: *Então, se eu entendi corretamente, foi a decisão do presidente de tornar o acesso à Internet de banda larga disponível para as escolas públicas que provocou o envolvimento das pessoas na ANATEL e no MINICOM nas discussões sobre a ampliação do acesso à Internet no país...*

Entrevistado: *Eu não diria que a ANATEL e o MINICOM não estavam envolvidos nessas discussões, mas as visões que tinham eram muito mais moderadas do que a nossa, quero dizer, do que as visões que tínhamos no gabinete presidencial ...*

Entrevistador: *O que estou tentando compreender é como essa demanda tão específica, ou seja, garantir acesso à Internet nas escolas, desencadeou um processo muito mais amplo, em que o governo começou a compreender a Internet e a expansão da infraestrutura relacionada à Internet como algo estratégico...*

Entrevistado: *Bem, também não aconteceu assim... Acontece a partir da demanda do presidente, mas também tem ressonância com o nosso pessoal em telecomunicações, aqueles que conceberam as estações multisserviço em 2006... sindicalistas, pesquisadores, antigos funcionários da Telebrás e Embratel... Este processo nos permitiu reunir todas essas pessoas... e contar com suas experiências profissionais e histórias de militância.*

39 Organizações da sociedade civil também se mostraram céticas sobre essas soluções, antecipando problemas que apareceriam mais tarde. Como a resistência das empresas e das organizações da sociedade civil envolvem questões técnico-jurídicas de interesse deste texto, a elas voltaremos mais adiante.

Em 2009, Lula se apoiou neste novo momento para fortalecer a capacidade do Executivo frente ao regulador independente e às empresas. Naquele ano, Lula assinou o Decreto nº 6.948, que instituiu o Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital ou CGPID. Isto reforçou a autoridade de seus assessores sobre o setor de telecomunicações. Em 2009-10, a ANATEL e o MINICOM começaram a elaborar um novo plano de universalização dos serviços de telefonia fixa. Influenciados pelas ideias nutridas no CGPID, eles decidiram aprofundar a linha adotada no *Banda Larga nas Escolas*. Agora a pretensão era de que as empresas instalassem e operassem o *backhaul* em todos os municípios brasileiros. Além disso, pretendia-se que essa infraestrutura expandida de Internet tivesse maior capacidade do que aquela demandada em 2008 e que estivesse disponível para utilização por órgãos governamentais em políticas públicas.⁴⁰

As empresas reagiram furiosamente a essa proposta, levantando argumentos jurídicos e econômicos contrários a ela e até mesmo ingressando com ações judiciais para impedir que o governo a levasse a termo. A fim de superar este impasse, o governo começou a trabalhar em uma política mais ampla, mais uma vez sob a liderança do CGPID. Essa política foi chamada de *Plano Nacional de Banda Larga* ou PNBL. Em 2010, em meio a acirrados debates públicos e longas negociações de bastidores, Lula assinou o Decreto nº 7.175, que oficializou o PNBL.

Em seu núcleo, o PNBL refletiu um novo compromisso entre Estado e mercado: o plano era fundado na ação de empresas privadas, que por meio de termos assinados se comprometiam a fornecer serviços de Internet de banda larga mais baratos aos brasileiros.⁴¹ Mas também havia sinais de revigoração do ativismo estatal. Notadamente, o plano recriava a Telebrás, a qual assumia duas tarefas.⁴² Em primeiro lu-

gar, garantir infraestrutura tecnológica para as políticas e a administração federal, incluindo construção e manutenção de uma rede própria para uso pelo setor público federal. Em segundo lugar, a Telebrás deveria “regular o mercado” ao fornecer serviços de Internet de banda larga no atacado para empresas privadas, com a possibilidade de operar no varejo “... em locais onde não há oferta adequada desses serviços” por empresas privadas.

Além disso, o governo federal solicitou aos governos estaduais que dessem incentivos fiscais para os serviços de telecomunicações, o que deveria reduzir os preços dos serviços de Internet de banda larga para até R\$ 29,90 por mês. Foram ainda anunciados investimentos de R\$ 14 bilhões em infraestrutura e desenvolvimento industrial relacionados à Internet de banda larga para o período 2011-2015.⁴³ Por fim, o PNBL trouxe a sociedade civil para o centro da formulação das políticas de telecomunicações. Como parte do plano, o governo lançou o Fórum Brasil Conectado, no qual ONGs e grupos ativistas compunham, juntamente com representantes de empresas e gestores públicos, um painel consultivo permanente para os dirigentes encarregados de implementar o PNBL. E, em 2010, o Brasil teve sua primeira Conferência Nacional de Comunicações ou CONFECOM, processo participativo no qual uma infinidade de atores com diferentes interesses se reuniram para discutir os desafios e alternativas para as comunicações no Brasil, incluindo Internet de banda larga.

Em meio a esses acontecimentos, Dilma Rousseff foi eleita para seu primeiro mandato presidencial.

40 A intenção subjacente era modernizar radicalmente o setor público. Por exemplo, unidades de saúde seriam capazes de acessar registros de pacientes on-line ou órgãos da justiça criminal seriam capazes de trabalhar com bancos de dados nacionais.

41 As empresas concordaram em fornecer serviços de Internet de banda larga a 1 Mbps de velocidade a um valor mensal de R\$ 35,00, com pelo menos 15% da prestação de serviços sendo através de cabos DSL ao invés de dispositivos móveis.

42 Isso exigiu uma complexa operação por parte do governo. A estatal Eletrobrás dispunha de uma rede de cabos de fibra óp-

tica de 16.000 km, que fazia parte da infraestrutura utilizada para transmitir e distribuir energia. A Eletrobras contratou a Eletronet para operar esses cabos. A Eletronet entrou em falência e pendiam litígios sobre os débitos desta empresa. O governo interveio no processo judicial de falência a fim de recuperar o acesso aos cabos da Eletrobras. No contexto do PNBL, a Telebrás deveria assumir o controle desta rede e usá-la para cumprir as tarefas que lhe foram atribuídas a partir de sua recriação.

43 Em 2011, esse orçamento foi ajustado para R\$ 12,7 bilhões. Este valor incluía: 1 – Construção de infraestrutura para criar uma rede nacional de provisão de Internet banda larga: R\$ 7,142 bilhões; 2 – Satélites de comunicação: R\$ 716 milhões; 3 – Apoio a projetos relacionados a conteúdo e aplicativos: R\$ 270 milhões; 4 – Projeto cidades digitais: R\$ 1,2 bilhões; 5 – Apoio a canais de TV públicos: R\$ 652 milhões; 6 – Desenvolvimento de um sistema operacional nacional para TV digital: R\$ 2,8 bilhões (Brasil, 2012).

Antes ainda que ela tomasse posse, Paulo Bernardo (PT-PR), anunciado como seu Ministro das Comunicações, reuniu-se com executivos de empresas de telecomunicações. Bernardo concordou em discutir e talvez rever as obrigações de *backhaul*, o que levou as empresas a retirarem as ações judiciais propostas contra essas obrigações. Com efeito, em 2011, o novo governo decidiu tornar o PNBL seu instrumento central para expandir a Internet de banda larga e, ao fazê-lo, eliminou tais obrigações de *backhaul*. Em 2014, Dilma foi reeleita com a promessa de transformar o PNBL em um programa ainda maior, que ela apelidou de *Banda Larga para Todos*. Não estava claro em que consistiria este novo programa. Mas, como o PNBL havia produzido resultados limitados,⁴⁴ ela talvez tivesse de buscar soluções alternativas de política pública. Essas soluções poderiam incluir novas obrigações de *backhaul*, o que reestabeleceria conflitos na relação entre Estado, mercado e sociedade.⁴⁵

Embora seja tentador tentar discutir méritos e resultados dessas políticas, interessa-nos mais as mudanças que eles representam em teorias e práticas de desenvolvimento ao longo do tempo no Brasil. Desta perspectiva, nós as vemos como um movimento em direção ao que a literatura de D&D chama de “Novo Estado Desenvolvimentista” (Trubek; Coutinho et al., 2014). Embora políticas como Banda Larga nas Escolas e PNBL representem notáveis esforços governamentais para estruturar o setor visando atender objetivos de desenvolvimento, isto não inclui tentativas de renacionalização, mas sim parceria com o

setor privado. Embora esta nova forma de atuação estatal continue a buscar crescimento econômico e industrialização, ela também mostra preocupação com equidade, justiça social e até mesmo com liberdades políticas.⁴⁶ E embora o Estado tenha voltado a intervir na economia, há agora preocupação com a legitimidade desta intervenção.⁴⁷

Para os objetivos deste texto, por sua vez, as principais questões passam a ser: como advogados de empresas participaram neste processo? Que tipo de mediação forneceram? Quais das suas habilidades foram mais decisivas? Tais questões são abordadas na próxima seção.

5 Advogados de empresas na construção do moderno setor de telecomunicações no Brasil: quatro estágios de atuação

Esta seção relata quatro fases nas quais advogados de empresas participaram da construção do moderno setor de telecomunicações no Brasil, com ênfase nas últimas três décadas (anos 1980 aos anos 2010).

As duas primeiras fases concentram-se na transição entre o monopólio estatal e o surgimento de um mercado regulado (final dos anos 1980 a 1997). Elas revelam duas maneiras pelas quais os advogados das empresas contribuíram para esse processo. Inicialmente, eles procuraram fornecer a legitimidade e os instrumentos jurídicos necessários para tentativas em curso de abrir o setor. Envolveram-se na interpretação

44 Ao final de 2014, quando Dilma estava concorrendo à reeleição, havia certo desânimo em relação ao PNBL. Em dezembro, o Senado brasileiro publicou um relatório afirmando que 2/3 dos domicílios no Brasil ainda não possuíam acesso à Internet banda larga. Apenas 2,6 milhões de indivíduos ou 1% de todos os usuários de Internet a cabo no país haviam adquirido o plano mais barato do PNBL, metade destes no estado de São Paulo. A Telebrás havia alcançado somente 612 cidades das 4.278 que havia se comprometido a alcançar quando reativada. O CGPID, mecanismo de coordenação da implementação do PNBL, teve sua última reunião em 2010. O Fórum havia sido desativado.

45 Por exemplo, em dezembro de 2014 a Anatel começou a rever o plano de universalização para telefonia fixa e sinalizou que gostaria de restabelecer obrigações de *backhaul* para as empresas. De acordo com os documentos tornados públicos, o plano da Anatel era fazer com que as empresas instalassem e operassem *backhaul* de fibra ótica nos 2.888 municípios que não possuíam tal infraestrutura. As empresas foram obviamente contra isso.

46 Como um exemplo (retórico, pelo menos), a lei que garantiu que R\$ 12,7 bilhões de recursos para o PNBL tratou tais valores como investimento em “comunicações para o desenvolvimento, inclusão e democracia” (Brasil, 2012).

47 No entanto, para alguns intelectuais de esquerda nada disso era razão para ver mudança radical na política de telecomunicações no Brasil. Por exemplo, Cavalcante (2012, pp. 156-157) argumenta que “o PNBL e a reativação da Telebrás... reativam o poder de compra do Estado que faz ressurgir, quase que das cinzas, a indústria nacional (e) atingem certos pressupostos do modelo privatista, ao reconhecer que o mercado não foi capaz de prover, com qualidade e de forma universal, serviços públicos. Porém... predomina no governo a tese de que serviços públicos podem ser executados sim pela iniciativa privada e que o regime de ‘concorrência’ é aplicável a todos as áreas de serviço, ainda que uma estatal se faça presente. (Assim,) a retomada do desenvolvimento não necessariamente significa a satisfação de interesses básicos das classes populares”. Naturalmente, também há críticos dessa maior intervenção do Estado, tais como Souza; Souza et al. (2013).

criativa das leis existentes e produziram minutas de normas administrativas que poderiam permitir a participação privada nas telecomunicações. No entanto, nenhum desses esforços foi suficiente para produzir uma atmosfera favorável ao investimento privado.

Quando o governo fez um movimento mais decisivo para a abertura do setor e para a busca de investimentos estrangeiros, os advogados de empresas encontraram melhores chances de prosperar. Em um momento inicial de “transição”, quando o governo permitiu que o setor privado operasse o serviço de “Banda B” de telefonia celular, eles intervieram para assegurar que as exigências de investidores estrangeiros seriam atendidas. Com o avanço do processo e o convencimento de que era necessário fazer grandes alterações na legislação brasileira a fim de tornar o setor mais atraente para aqueles investidores, o governo se voltou aos advogados de empresas em busca de profissionais especializados que poderiam executar tal tarefa. Os especialistas assim identificados ajudaram a criar um regime de mercado regido por uma agência reguladora no estilo dos EUA.

A terceira etapa centra-se no início do funcionamento do setor como mercado regulado, a operar sob novo marco legal (1998-2007). Desta vez, advogados de empresas garantiram que as recentes reformas na legislação fossem implementadas segundo as intenções sob as quais haviam sido inspiradas. Assim que promulgadas, estas novas formas jurídicas se viram em conflito com um ethos tecnocrático entre os diretores da ANATEL, os quais haviam sido socializados no contexto do monopólio estatal pelo Sistema Telebrás. Mediante práticas regulatórias opacas e idiossincráticas, traduzidas em demandas que as empresas viam como excedendo preocupações regulatórias legítimas, esses tecnocratas de estilo antigo tentaram derramar o velho vinho do desenvolvimentismo na nova garrafa do Estado regulador. Todavia, mediante ações na justiça e pleitos em processos administrativos, advogados de empresas conseguiram impor sensíveis constrangimentos jurídicos à ação desses tecnocratas. Ao final deste período, com a ANATEL atribuindo maior valor ao direito e ao raciocínio jurídico, os advogados de empresas haviam adquirido considerável poder profissional, o qual poderiam utilizar para influenciar a atuação da agência

e conduzir o setor rumo à aspiração original de um regime de mercado, no qual as empresas privadas gozavam de significativa liberdade.

A quarta etapa centra-se nas recentes mudanças no setor após o surgimento de novo ativismo estatal no final dos anos 2000. Agora, preocupações com inclusão social, desenvolvimento industrial e democracia levaram a novas exigências regulatórias sobre as empresas e produziram conflitos no contínuo Estado-mercado-sociedade. No centro desses conflitos estavam diferentes visões sobre onde devem ser traçadas linhas divisórias, com as empresas rejeitando assumir novas obrigações, ao mesmo tempo em que enfrentam uma burocracia estatal mais forte e uma sociedade civil mais ativa. Advogados de empresas mediando esses conflitos apresentam duas narrativas sobre sua atuação profissional, as quais descrevemos em mais detalhes no final deste texto: a resistência e o engajamento negociado. Tais mudanças desafiam teorias existentes sobre o papel dos advogados no desenvolvimento capitalista periférico.

5.1 De sínteses casuísticas à necessidade de uma nova infraestrutura jurídica: advogados de empresas e a abertura do mercado brasileiro de telecomunicações (final dos anos 1980 a 1995)

Quando os serviços de telecomunicações no Brasil estavam sob monopólio estatal, a reprodução do setor se dava, em sua maioria, dentro de um complexo relativamente autônomo, informado por lógica de Estado. Quando monopólio começou a ruir, o setor foi exposto a uma nova gama de interesses e perspectivas. Tensões, novas e antigas, emergiram: entre política e negócios, público e privado, nacional e estrangeiro.

Na Telebrás, essas e outras tensões eram geridas através de uma cultura de legalidade informada pela técnica. Embora as empresas do sistema Telebrás fossem sujeitas a uma série de leis e regulamentos, elas tinham discricionariedade relativamente ampla para organizar seus procedimentos internos. As decisões *técnicas* assim tomadas eram traduzidas com pouca ou nenhuma mediação para comandos *normativos*, os conhecidos “padrões” ou “normas Telebrás”. Tais normas ou padrões acabavam regulando diversas operações no setor, sendo considerados, no cotidiano

das empresas, como obrigações jurídicas formais.

Essa sobreposição entre soluções técnicas e comandos normativos, ou talvez subordinação da ordem jurídica por uma ordem técnica, dava aos engenheiros imenso poder no dia a dia do setor. Assim, recorrendo a conversas entre a Telebrás e multinacionais estrangeiras, as quais foi um dos poucos advogados a testemunhar, ADV-4 salientou que os dirigentes da Telebrás davam pouca ou nenhuma atenção a questões jurídicas e se preocupavam somente com questões técnicas. Ele exemplificou com:

Esse projeto, que... usava satélites operando em órbita terrestre baixa. A Embratel não mostrou nenhum interesse por esse projeto, mas o presidente da Telebrás gostou e queria discutir. Tivemos uma reunião – ele era um comandante da força aérea –, e eu disse que da minha perspectiva havia uma questão jurídica a ser considerada, porque eu não tinha certeza se esses satélites poderiam se conectar com as estações que faziam parte do Sistema Telebrás. Tecnicamente eu sabia que eles poderiam, mas não tinha certeza sobre o ponto de vista jurídico, pois ligações nesse projeto funcionavam como chamadas internacionais, você tinha que discar um número internacional para ter a chamada completada. Então, eu tinha dúvidas se empresas Telebrás poderiam fazer esse tipo de chamada ou se elas eram exclusivas da Embratel. Ele disse: “Vamos descobrir isso”, então virou para seu assistente e disse: “Ligue para os engenheiros”. Eu disse: “Escute, comandante, eu sei que tecnicamente é possível fazer essas chamadas, isso não é o problema, minha questão é estritamente jurídica. Não seria melhor ligar para os advogados?” E ele respondeu: “Você quer uma resposta ou não?” (Risadas longas) Então isso é pra dizer que no aspecto normativo do sistema o que realmente existia eram normas da Telebrás, que haviam sido escritas por engenheiros...

Para o pequeno grupo de advogados em início de carreira, portando diplomas de escolas de elite de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília e decidido a se aventurar no incipiente campo da advocacia empresarial em telecomunicações, a erosão da Telebrás trazia oportunidades e desafios. Embora houvesse

óbvia necessidade de mediação entre os interesses e expectativas de investidores estrangeiros e as normas e práticas jurídicas locais, estas normas e práticas não eram produzidas nem organizadas de forma coerente e autônoma. Em meio à incerteza daí resultante, advogados tinham que produzir sínteses casuísticas, tendo em vista tanto os múltiplos sistemas normativos existentes quanto as hierarquias sociais estabelecidas: além de determinar que “leis” poderiam ser aplicáveis a transações e operações específicas, eles também tinham que construir legitimidade para o seu raciocínio contra argumentos vindos de engenheiros, por um lado, e empresários estrangeiros, por outro.

ADV-3 mostra uma consciência extraordinária deste contexto e dos desafios que implicava. Após ter fornecido inúmeros exemplos de sua experiência no setor, tivemos o seguinte diálogo:

Entrevistador: *Então deixe-me tentar entender. Naqueles seus primeiros dias no setor você estava fazendo mais uma mediação entre normas jurídicas existentes no Brasil e expectativas dos investidores estrangeiros que chegavam no país?*

Entrevistado: *Se você olhar para os meus arquivos, meus e-mails eram quase todos verdadeiros pareceres jurídicos em Inglês, Português, Francês, etc. ... Eles perguntavam sobre tudo; queriam aprender sobre tudo. E eu trabalhei nesse vão entre a lex mercatoria e a lex jurídica, isto é, entre as práticas internacionais de negócios e as normas locais, incluindo normas da Telebrás ...*

E prosseguiu, trazendo um exemplo elucidativo:

Começamos a elaborar contratos de consumo. Instituições de defesa do consumidor começaram a questionar as nossas práticas e tivemos de responder. Então, houve um executivo britânico que veio até mim e disse: “Em caso de não pagamento de faturas quero que os serviços aos consumidores sejam interrompidos imediatamente”; e eu disse: “Você não pode, aqui não é como no Reino Unido; existem leis de defesa do consumidor e as normas da Telebrás que precisamos observar”; essas normas ainda não haviam sido revogadas. Mas o

britânico tinha urgência; ele queria que a empresa encerrasse os serviços no dia seguinte ao vencimento da fatura, caso os consumidores não tivessem pago a conta. E eu mostrava a ele as normas e legislação, mas ele não aceitava a minha opinião. Eu tinha sido assessora de uma juíza, e, então, fui falar com ela. Eu disse: “Dra., se a senhora tivesse que decidir um caso como este, o que consideraria ‘imediate cancelamento’”? E ela disse: “Bem, eu consideraria 48 horas, você não pode desconectar alguém mais rápido do que isso.” Então eu voltei para o oficial britânico e disse: “Escute; aqui está o que uma juíza disse...”

Obviamente, meras repetições desses procedimentos *ad hoc* não forneceriam uma base jurídica com a qual os investidores privados se sentiriam confortáveis. Com a abertura do mercado progredindo em ritmo acelerado, seria necessária, se não inevitável, uma ordem jurídica mais autônoma e abrangente para regular o setor.

5.2 Da interpretação das leis existentes à legitimação dos formuladores de um novo direito administrativo: advogados de empresas e a construção de um novo regime jurídico para as telecomunicações (1995-1997)

Envolver-se em esforços de elaboração normativa não era algo novo para a incipiente advocacia empresarial em telecomunicações. Em meados da década de 1980, quando agentes do governo buscavam maneiras de entregar alguns serviços do setor à iniciativa privada, como telefones celulares, advogados de empresas buscaram contribuir mediante interpretação criativa do marco legal existente, o Código de 1962. ADV-4 refere-se a um dos eventos desta história como a “guerra do hífen”:

A telefonia celular era considerada “serviço público restrito” no Código de 1962. Advogados começaram a argumentar que esta expressão poderia ser lida como serviço público-restrito ou como de serviço-público restrito e isso criou muito debate. Aqueles contra a privatização argumentavam que a expressão deveria ser lida como serviço-público restrito: assim, ela se referiria a serviços-públicos disponíveis para grupos restritos de pessoas, mas

que como serviços-públicos deveriam ser necessariamente oferecidos pela Telebrás. Já aqueles que eram favoráveis à privatização argumentaram que a expressão deveria ser lida como serviço público-restrito: assim, ela se referiria a serviços disponíveis a um público restrito, mas que não eram necessariamente serviços públicos e, portanto, não precisavam ser fornecidos pela Telebrás.

Embora a “guerra do hífen” tenha deixado clara a existência de divergências substanciais sobre a possibilidade de abertura do mercado de telefones celulares sob o Código de 1962, governos subsequentes continuaram a tentar promovê-lo. Advogados de empresas buscaram novamente ajudar. Desta vez, eles se concentraram na produção de sugestões de normas administrativas que poderiam operacionalizar a abertura. ADV-4 menciona que, naquela época:

Não existia consulta pública, mas eles nos pediram sugestões... Então tomamos parte do processo, juntamente com (cita empresas locais e multinacionais) e outros...; e fizemos muitas reuniões... Foi através dessas experiências que eu me estabeleci neste setor; eu fazia parte de um pequeno grupo de advogados de empresas cuja principal missão era minutar normas para regular o processo de abertura. Líamos materiais, nos reuníamos, tínhamos discussões e tentávamos produzir sugestões para o governo.

Mas eis que, mais uma vez, incertezas típicas de momentos de transição prevaleceram. ADV-4 recorda que, na sequência destas reuniões e do recebimento de sugestões dos advogados de empresas, “... o governo acabou editando... três normas diferentes para abrir serviços de telefonia celular para o setor privado”; mas nenhuma delas foi capaz de atrair as empresas: “Sem a emenda quebrando o monopólio estatal, ninguém se sentiu seguro para investir”.

A aprovação da referida emenda, em 1995, e da lei mínima, em 1996, garantiu a segurança que os investidores privados demandavam. Além disso, trouxe para os advogados de empresas maior oportunidade de participação nas mudanças que ocorriam no setor. É que nem todos os termos destes regulamentos de transição atenderam às expectativas de investido-

res estrangeiros e os advogados de empresas foram chamados a realizar intervenções bastante críticas. ADV-4 detalha:

Em algum lugar, nesta fase de transição, havia uma regra exigindo que mais de 50% das ações das empresas que disputariam as licitações deveria estar nas mãos de brasileiros. Então, todos os empresários estrangeiros e (nós) seus advogados fomos para o Ministério e tivemos uma reunião com o Ministro, e todos nós dissemos: “Escuta, você acha que nós vamos investir bilhões de dólares sem sermos capazes de controlar as empresas em que estamos investindo, mesmo que seja controle compartilhado com um parceiro local?... No final, o ministro interpretou a lei de forma que “brasileiros” eram residentes legais no Brasil ou empresas constituídas segundo as leis brasileiras. Não foi algo explícito, mas entendemos que as ações poderiam estar todas nas mãos de estrangeiros, desde que estes constituíssem uma empresa “de acordo com as leis brasileiras”... E esse entendimento informou, depois, as regras adotadas na privatização da Telebrás.

Todavia, este era apenas o início de um processo de reestruturação muito mais amplo, o qual envolveria a fragmentação e venda das empresas do sistema Telebrás e a mudança de um monopólio estatal para um regime de mercado.

Para tanto, tornou-se necessária a contratação de advogados para trabalharem em tempo integral em apoio às autoridades responsáveis pelo processo, o que se deu no âmbito do acordo UIT-MINICOM. Tais advogados se viram diante de tarefa complexa. Tão logo as operações de reestruturação da Telebrás foram iniciadas, o governo se convenceu de que era necessário empreender grandes reformas institucionais, a fim de tornar o setor mais atraente para os investidores estrangeiros que se pretendia alcançar. Mas nem todo tipo de reforma era suficiente para atender as expectativas desses investidores: consultores da McKinsey sustentavam que o sucesso do governo nessa aproximação dependeria da capacidade de o Brasil adotar modelos de inspiração estrangeira para a regulação e governança das telecomunicações. Como ADV-2 explica:

Havia muitas dúvidas sobre a extensão da reforma e as coisas não estavam muito claras, mas havia muita pressão internacional. O fato de que as consultorias jurídicas foram contratadas através de UIT era significativo... Em todo o mundo, a UIT “apoiava” as reformas de telecomunicações, como se costumava dizer, o que significa dizer “pressionava” por reformas em telecomunicações. E UIT tinha um certo cardápio de ideias, que eu suponho que havia sido discutido com o governo, já que parecia haver consenso entre os funcionários da MINICOM sobre alguns aspectos, como a necessidade de uma agência reguladora, de regulação independente, de concorrência, coisas que estavam muito em consonância com reformas em curso no âmbito internacional.

Não é preciso dizer que as reformas preconizadas pelos consultores da McKinsey entravam em conflito direto com repertórios jurídicos e políticos dominantes no país. Muito além de novos esforços de elaboração normativa, tais reformas demandavam um processo de verdadeira *reconstrução do Estado*. Dada a natureza existente do direito administrativo brasileiro, o governo precisaria contar com apoio jurídico robusto para criar formas tão radicalmente novas.

Na medida em que dirigentes do MINICOM precisaram identificar profissionais do direito aptos a fazerem este trabalho, advogados de empresas que construíram reputação de “profundo conhecimento” da legislação das telecomunicações foram chamados a aconselhá-los. Assim é que, quando ADV-2 descreveu seu recrutamento para esta tarefa, nós tivemos o seguinte e informativo diálogo:

Entrevistado: *(O governo) contratou a McKinsey como a empresa de consultoria para questões econômicas e três advogados pessoas físicas... Essas pessoas, nós, não tínhamos nenhuma relação com telecomunicações; nós fomos indicados pelo advogado pessoal do Ministro das Comunicações, que também não tinha nenhuma relação com telecomunicações ou mesmo com direito público ...*

Entrevistador: *Você pode me dizer mais sobre este advogado?*

Entrevistado: *Sim, seu nome era [omitido], co-*

nhecido por ter mais tarde se tornado presidente da OAB. Mas eu não o conhecia pessoalmente e ele não conhecia nenhum de nós... Na verdade, o Ministro conversou com [omitido], uma advogada de telecomunicações em São Paulo. Empresas estrangeiras estavam se preparando para entrar no mercado de telecomunicações no Brasil e ela estava trabalhando para estas empresas. Ela tinha profundo conhecimento da legislação em telecomunicações, e era correspondente do [advogado do Ministro, omitido] em São Paulo. E o ministro perguntou: “Quem seriam bons advogados em direito público?” etc., e ela se referiu a nós três. Então foi assim que eu cheguei lá.

Muito além de “bons advogados em direito público, etc.”, os profissionais selecionados portavam um conjunto peculiar de capitais político, social e cultural. Além de terem considerável experiência prática trabalhando nos setores público e privado, eram conhecidos acadêmicos em direito administrativo, atuando em uma das principais faculdades de Direito de São Paulo, a da Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP).

Na medida em que o processo de reestruturação evoluiu, essa combinação de capitais e conhecimentos revelou-se de grande importância. Depois de idas e vindas com consultores da McKinsey e agentes do governo, esses advogados produziram o que seria visto como uma “revolução” no direito público brasileiro. O projeto de LGT que eles formularam trouxe inovações substanciais, dadas as formas e estruturas que regiam o setor público país.

Um dos principais e mais interessantes aspectos desta “revolução” foi a construção da ANATEL como agência reguladora independente. Agências independentes não eram parte do repertório do direito público brasileiro, ao mesmo tempo em que as soluções alternativas, tais como um comitê diretivo dentro MINICOM já haviam sido utilizadas com relativo sucesso. No entanto, as empresas de consultoria estimaram que a adoção de uma agência independente tornaria o país bastante mais atraente para investidores estrangeiros, o que poderia aumentar o retornos nos leilões da privatização.⁴⁸

48 Não demorou para que críticos da privatização compreendes-

Para atender às exigências estabelecidas pelas empresas de consultoria, ADV-2 e seus colegas inicialmente propuseram uma forma institucional completamente nova, o Ofício Brasil de Telecomunicações (Braz, 2014; Brasil, 1997; Prata; Beirão; & Tomioka, 1999). O Ofício seria completamente independente, com poder até para arrecadar os recursos necessários à sua manutenção, estando, assim, completamente apartado da estrutura do governo. Mas em meio a temores de que esta forma seria vista como inconstitucional, ADV-2 e seus colegas tiveram que pensar em algo diferente. Isto envolveu fazer ajustes em uma forma jurídica pré-existente, a *autarquia*.⁴⁹ Assim, o projeto da LGT concebeu a ANATEL como *autarquia especial* vinculada ao MINICOM. Nesta condição, a ANATEL teria independência administrativa, autonomia financeira, não teria subordinação hierárquica a qualquer ente público e seus dirigentes teriam mandato fixo e estabilidade na função (LGT, arts. 8 e 9). Além disso, a ANATEL adquiriu poder de formular e fazer cumprir normas que regulariam a atividade das empresas atuando no setor (LGT, arts. 19).

Essas inovações produziram uma reação imediata e “violenta” dentro e fora do campo jurídico (ADV-2). O estatuto jurídico de *autarquia especial* e o poder de criação normativa atribuídos à ANATEL foram amplamente criticados por juristas como Celso A. Bandeira de Mello, da Pontifícia Universidade Católica de Direito, e Maria Sylvia Z. Di Pietro, da Faculdade de Direito da USP.

Di Pietro argumentava que as autarquias não poderiam servir aos propósitos que estavam sendo atribuídos pela LGT à ANATEL, pois, no direito administrativo brasileiro, elas não eram autorizadas a criar normas (2010). Bandeira de Mello compartilhava des-

sem e denunciavam o fato de que este desenho era baseado no modelo norte americano de regulação e governança das telecomunicações, em especial a *Federal Communications Commission* (FCC). Ver, por exemplo, Ramos (2003; 2004).

49 Autarquias são formas jurídicas de direito administrativo brasileiro que se referem a entidades públicas com relativa autonomia. As autarquias foram introduzidas pelo regime civil-militar em 1967 como uma forma mais flexível para a estruturação de entes públicos. Por exemplo, por um longo período, as autarquias eram capazes de contratar funcionários utilizando contratos de trabalho do setor privado (CLT). Em 1992, todas as formas de entes públicos tornaram-se sujeitas ao mesmo regime jurídico de trabalho e muito da flexibilidade das autarquias foi reduzida.

ta visão e acrescentava que, ao conceder à ANATEL o status de autarquia especial, os autores da reforma procuraram “dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (‘agência’)” (2009, p. 157).⁵⁰ Ele previu e temeu que:

As ditas ‘agências’ certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as ‘agências’ norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano. (Mello, 2009, p. 158)

Uma vez em que as mudanças trazidas pela LGT conseguiram sobreviver a estes e outros testes,⁵¹ a advocacia empresarial saiu do processo de reestruturação consideravelmente fortalecida. A reforma introduziu novas ideias para o setor, as quais, em muitos aspectos, eram mais favoráveis ao mercado. Basta ver a visão de futuro para o setor que ADV-2 diz ter sido partilhada, à época, pelos formuladores do novo regime jurídico. Segundo ele:

Nós pensávamos muito sobre os contratos de concessão e temíamos enormes prejuízos para o governo federal no vencimento dos contratos ... como havia ocorrido, por exemplo, com os setores elétrico e ferroviário... Isso era algo com que estávamos extremamente preocupados, até mais que os consultores da área econômica. Isso nos fez chegar a um modelo... no qual a maior parte do setor se desenvolveria sob regulação mínima e com poucas obri-

50 Em sentido parecido, porém fora da academia jurídica, ver Ramos (2003; 2004) e Braz (2014).

51 Partidos de oposição, sindicatos, e indivíduos ajuizaram centenas de ações contra o processo de privatização e a LGT. Muitas dessas ações foram rejeitadas, outras resultaram em restrições temporárias ao processo e modificações marginais na lei, mas nenhuma impediu, de fato, a quebra do monopólio estatal e o surgimento de um regime de mercado nas telecomunicações no Brasil. Curiosamente, uma das ações judiciais foi ajuizada pessoalmente por Bandeira de Mello e outros juristas dissidentes de direito administrativo e constitucional. Isto demonstra como este contexto de mudanças afetou o campo jurídico e a academia, catalisando conflitos por poder e influência entre diferentes gerações e *habitus* de acadêmicos, os quais começaram a se digladiar pela capacidade de dizer o que é direito.

*gações associadas.*⁵² Com o tempo isso se tornaria mais e mais geral, embora haveria investimentos não-rentáveis, como na oferta de serviços a determinadas regiões ou tipos de usuários, os quais o Estado teria de buscar atender via contratos de concessão... Então, acabaríamos com contratos de concessão de maior escopo e focalizaríamos o uso destes concessão em situações mais específicas.

Além disso, a reforma criou um *corpus* legislativo singular e altamente especializado, cujo domínio se tornaria um trunfo para muitos dos modernos escritórios de advocacia, bem como departamentos jurídicos, e outras organizações. O próprio ADV-2 não escaparia desta sina: em 1998, quando a Telebrás foi privatizada, ele encerrou seu contrato com o MINICOM e a UIT e foi “trabalhar para as empresas de telecomunicações, obviamente”.

5.3 Juridificando a regulação: advogados de empresas suscitando controvérsias jurídicas para reclamar instituições e práticas regulatórias favoráveis ao mercado (1998-2007)

A aprovação da emenda constitucional e da LGT tornaram o setor de telecomunicações *formalmente* mais favorável ao mercado. Mas as memórias institucionais da era Telebrás continuaram a afetar as teorias e práticas de regulação e governança na nova agência, a ANATEL.

Uma das razões para isto é que o primeiro conselho de administração da ANATEL foi recrutado em meio aos mesmos engenheiros que costumavam elaborar e executar as normas Telebrás. Como muitos outros entrevistados, REG-5 recorda que: “A primeira composição do conselho de administração da ANATEL era exclusivamente de engenheiros... já que a agência foi originalmente composta por ex-integrantes da Telebrás e os dirigentes do Sistema Telebrás eram quase sempre engenheiros...”.

52 Isto fará mais sentido quando introduzirmos a discussão sobre os dois regimes jurídicos que a LGT criou, um (público) com encargos regulatórios mais pesados, inicialmente limitados a serviços de telefonia fixa, e outro (privado) com muito mais flexibilidade, apesar de que, como veremos, posteriormente o governo começou a relativizar a distinção entre estes dois regimes.

Esta contínua hegemonia profissional levou à sobrevivência de características antigas nas novas estruturas. Uma delas era a relativa desconsideração por argumentos e raciocínios embasados no direito. Por exemplo, ADV-2 recorda que uma de suas tarefas após a privatização foi ajudar a ANATEL a elaborar o seu primeiro pacote de regulação. Ele relata que isso lhe permitiu fazer “coisas fascinantes”, entre as quais destaca:

Por exemplo, o primeiro Estatuto da agência tinha um código de processo administrativo dentro dele. Naquele tempo não havia leis que regiam o processo administrativo... E o interessante foi que na primeira reunião do conselho de administração... Eu trouxe comigo um projeto deste Estatuto... E eu disse: “O primeiro desafio institucional que esta agência terá que enfrentar é ter seu estatuto. E de acordo com a lei, o estatuto precisa passar por consulta pública antes de ser editado. Aqui está a minuta que nós preparamos; vocês terão que ler atentamente”... Eles olharam para mim, todos engenheiros, e disseram: “Nós vamos ter que ler tudo isso? Isso é impossível?”. E eu disse: “Bem, aqui diz como a agência irá trabalhar; você precisa ler a minuta, levantar questões, fazer sugestões...” Nós tivemos esse impasse e eles acabaram submetendo a minuta para consulta pública sem terem lido o documento.

Obviamente, a aprovação do Estatuto não foi suficiente para tornar os diretores da ANATEL mais conscientes e sensíveis ao direito e ao raciocínio jurídico em seu trabalho cotidiano. Ao contrário, diretores da ANATEL desprezavam pareceres jurídicos – mesmo quando produzidos internamente à agência –, ao mesmo tempo em que procuravam afirmar o seu *conhecimento especializado e racionalidade técnica* como bases primárias de legitimidade para as suas práticas regulatórias.⁵³ ADV-4 recorda que nesse período:

Da perspectiva de um advogado, era difícil enten-

53 EMP-3 salienta: “Eles eram avessos a argumentos jurídicos. Se nós mandássemos um parecer com linguagem muito jurídica eles diziam: ‘Que diabo é isso? Tire isso daqui’. Parece folclórico, mas quando nós argumentávamos que a ANATEL não tinha competência para decidir sobre um assunto eles consideraram isto como uma ofensa... Eles rejeitavam advogados. Muitas vezes eu ouvi de meus chefes: nós não vamos levar você para a ANATEL conosco hoje, senão teremos problemas”.

der... que os diretores da ANATEL pudessem dizer aos advogados da ANATEL que seus pareceres estavam errados. Agora, imagine ter seu parecer jurídico rejeitado por cinco engenheiros... Eles estavam todos de boa fé, não estou sugerindo que eles estavam fazendo nada de errado, mas havia o que chamamos de pareceres “borracha”; pareceres que batiam no Conselho de Administração e voltavam, porque havia sido escritos em termos que não correspondiam ao que os Conselheiros desejavam e, portanto, deveriam ser reformulados. Eu tive um caso em que, provavelmente por erro da equipe da ANATEL, eu retirei os autos de um processo que continha dois pareceres, com o mesmo número, mesma data, mesma assinatura, a única diferença era que um era a favor (de algo) e o outro era contra.⁵⁴

Esse etos tinha óbvio impacto sobre os interesses e expectativas das empresas de telecomunicações: a formulação e implementação de normas pela ANATEL se tornara mais opaca e idiossincrática do que elas poderiam ter antecipado; e isso tornou a relação com a agência mais conflituosa do que elas teriam preferido.

Atividades de fiscalização e de sanção pela Anatel em normas relativas à universalização e qualidade dos serviços levaram a uma escalada nesses conflitos. A agência adotou uma abordagem de “mão de ferro” com avaliações periódicas de *compliance*: a ANATEL começou a instaurar uma enxurrada de processos administrativos para avaliar a conformidade entre a atuação das empresas e aquelas normas.⁵⁵ Sugerindo que isso pudesse ser uma tática para amedrontar as empresas, ADV-1 observou que houve imposição de pesadas multas e algumas destas empresas simplesmente “quebraram”. REG-1 acrescentou que:

Essa foi uma época de muitos PADOs, inicialmente com multas muito baixas, mas que se tornaram

54 ADV-6 acrescenta que “a ANATEL tentou até formalizar essas práticas, o que é incrível. O fato de eles lidarem com casos secretamente, de modo que relatórios e pareceres poderiam ser modificados conforme a decisão final, eles tentaram formalizar isso. Eles colocaram em consulta pública uma proposta preliminar de resolução que tinha exatamente essa previsão”.

55 PADO é um acrônimo que se refere a procedimentos administrativos dentro da ANATEL, nos quais a agência avalia o cumprimento (ou descumprimento) de obrigações regulatórias e impõe sanções, se necessário.

mais pesadas, especialmente em questões de qualidade, universalização e obstrução da fiscalização... A pessoa que fazia a fiscalização pedia uma informação e se a empresa não enviasse a tempo para a agência, nós aplicávamos uma multa de 10 a 20 milhões de reais. Houve um caso histórico em que o agente foi fiscalizar uma unidade da empresa e o representante da empresa, que estava almoçando nas proximidades, disse: “Desculpe, eu não tenho as chaves, há uma manutenção rápida acontecendo hoje e eu não tenho as chaves, você terá que voltar amanhã”. O agente foi lá no dia seguinte, entrou e estava tudo em ordem. Mas lavrou um auto por obstrução de fiscalização e deu à empresa uma multa de 20 milhões de reais. Foi assim que começamos a perder o rumo das coisas...

Mais uma vez, este contexto trouxe desafios e oportunidades aos advogados de empresas. Advogados são conhecidos pela capacidade de resistir ao poder mediante a mobilização de normas e instituições jurídicas (“speak law to power”), mas mobilizar normas e instituições jurídicas em telecomunicações não era tarefa fácil. A cultura regulatória da ANATEL tornava a arena administrativa avessa a argumentos jurídicos e raciocínios baseados no direito. ADV-1 detalha como a ANATEL procedeu em casos como este que acabamos de narrar:

As empresas recebiam por correio o que a ANATEL entendia como necessário para sua defesa. Geralmente, isso não incluía os relatórios técnicos e muito menos os pareceres jurídicos produzidos dentro da agência... Mais tarde, as empresas começaram a levantar questões jurídicas como preliminares em suas defesas, tais como a inobservância do devido processo legal e a falta de motivação para os atos da agência... Essas questões se tornaram mais frequentes nas defesas... Mas o conselho diretor gostava de emitir decisões concisas, com não mais do que três páginas, o que, obviamente, limitava o espaço para o tratamento de questões jurídicas complexas nas decisões e nos próprios pareceres jurídicos internos à agência.

Ir ao judiciário contra essa cultura regulatória e seus produtos era, de muitas maneiras, arriscado. Em primeiro lugar, advogados das empresas queriam

manter os tribunais fora dos debates regulatórios. A teoria das agências, que foi ativa e amplamente disseminada no despertar da privatização, entendia que os tribunais deveriam limitar a sua avaliação das medidas regulatórias a aspectos formais, como a inobservância dos limites da discricionariedade e do devido processo legal. Mas advogados de empresas não tinham plena certeza de que a magistratura brasileira adotaria essa teoria na íntegra, deixando os aspectos mais substantivos da regulação para os reguladores.

Em segundo lugar, advogados de empresas tinham dúvidas de que os tribunais seriam capazes de lidar ou até mesmo de entender as questões complexas que a regulação de telecomunicações envolvia. ADV-5 recorda que:

Nós pensávamos que o judiciário poderia estar mal preparado para lidar com questões regulatórias ou compreender a regulação. Juízes haviam se formado em um contexto pré-privatização; eles tinham dificuldade de entender como as coisas funcionavam... Sentíamos que sempre que precisávamos levar qualquer coisa ao judiciário tínhamos de explicar o básico do básico... Portanto, a nossa atitude era muito mais reativa.

Em terceiro lugar, os advogados de empresas e a ANATEL já estavam enfrentando outros antagonistas em comum nos tribunais: o Ministério Público e ONGs começavam a propor ações judiciais atacando regulamentos que, embora aceitáveis para as empresas, eram vistos como ameaçadores do “interesse público” e dos direitos de consumidor. ADV-5 continua o relato dizendo:

Nós não brigávamos com a ANATEL; às vezes nós nos alinhávamos com a ANATEL em ações movidas pelo Ministério Público... Um exemplo é a ação de créditos de celulares pré-pagos: a ANATEL estabeleceu um limite de 90 dias para o uso desses créditos, após o que eles expiravam e os usuários tinham que recarregar seus celulares. O Ministério Público disse que isso era escandaloso, mas isso é o que de fato permitiu a existência e a ampla disponibilidade de telefones pré-pagos... E nós tivemos que explicar ao tribunal o raciocínio econômico por trás dos telefones pré-pagos... E naquela época nós

trabalhamos juntos com a ANATEL para explicar aos tribunais e promotores de justiça a regulamentação destes serviços, que estava sendo interpretada apenas por meio das leis consumeristas, sem compreensão do raciocínio econômico por trás.

Finalmente, ir aos tribunais poderia produzir consequências diretamente adversas à clientela dos advogados de empresas. A razão pura e simples é que a tecnocrata ANATEL não hesitaria em retaliar as empresas que escolhiam a via do litígio. ADV-1 explica que:

Nos primeiros dez anos, essas divergências foram tratadas principalmente em nível administrativo para... Eu não sei como dizer isso, mas o fato é que a ANATEL iria retaliar, então se você fosse ao tribunal, a ANATEL não iria lhe dar o aumento anual da tarifa, entende o que quero dizer? Portanto, as empresas tinham medo de ir aos tribunais contra a ANATEL, pois não ficariam impunes: se elas ajuizassem uma ação que discutisse a interconexão, a agência iria impor obrigações ou não daria à empresa alguma coisa que ela precisava em outra área que não tinha nada a ver com interconexão.

No entanto, advogados de empresas não estavam dispostos a desempenhar um papel secundário nesse quadro. Na medida em que lidar com administradores era impossível e ir aos tribunais em nome de seus clientes era muito arriscado, alguns deles acabaram ajuizando ações por conta própria. Eles diziam que, como “cidadãos”, eles haviam tido negado o direito ao devido processo dentro da agência.⁵⁶ Pouco a pouco, essa insurgência criativa ajudaria a produzir um corpo de decisões judiciais definindo padrões mais rigorosos para processos administrativos na ANATEL, com reflexo até mesmo em outras agências reguladoras.

56 Em nossa pesquisa, encontramos alguns desses casos. Um deles envolve um advogado que pediu documentos para preparar a defesa de seus clientes perante a ANATEL. Como seu pedido foi negado, ela ajuizou um mandado de segurança contra a agência, com base no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal que garante que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas (...) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. A justiça concedeu a segurança, decisão que foi confirmada pelo Tribunal (AMS n. 17512 DF 2005.34.017512-0, Tribunal Regional Federal, Juiz Daniel Paes Ribeiro, 6ª divisão, julgado em 18/01/2008, decisão publicada em 03/03/2008, e-DJF1 p. 289, TRF1).

No momento, porém, em que as multas impostas pela ANATEL atingiram sete dígitos, as atividades de fiscalização e sanção se tornaram um verdadeiro fardo para as empresas. O receio de levar os pleitos ao judiciário foi superado por uma avaliação racional dos benefícios de curto prazo que poderiam advir desta escolha, tendo em vista as enormes multas que já haviam sido impostas. ADV-1 explica que:

As empresas começaram a ver que, em alguns casos, havia uma chance real de evitarem multas multimilionárias, bastando que argumentássemos que alguns direitos ao devido processo legal não haviam sido respeitados. Essa era uma estratégia arriscada de perseguir, mas os benefícios potenciais superaram os riscos, dependendo de como a questão era vista. E então elas passaram a ser mais tolerantes com os riscos e mais generosas na avaliação dos benefícios.⁵⁷

Neste meio tempo, ocorreram mudanças nos serviços jurídicos internos ao governo, as quais alteraram o equilíbrio existente no relacionamento entre tecnocracia, direito e advogados. Tais mudanças tornaram obrigatório (i) que advogados atuando em agências reguladoras fossem recrutados entre servidores das carreiras da advocacia pública e (ii) que os Procuradores Chefes dessas agências se reportassem ao Ad-

57 O fato de que Lula venceu as eleições e tentou exercer algum controle sobre a ANATEL reforçou o etos tecnocrático na agência. Na medida em que funcionários da ANATEL viram as mudanças na presidência e no conselho diretor como *políticas* – e, portanto, como uma ameaça à hegemonia da *técnica* que eles tanto valorizavam –, eles buscaram maneiras de manter controle sobre o poder normativo da agência. Advogados de empresas e seus clientes inicialmente enalteciam esse fortalecimento da burocracia de médio escalão. Eles desconfiavam das novas lideranças da ANATEL e da forma como Lula estava lidando com o setor e viam os superintendentes como atores mais confiáveis e previsíveis, com os quais eles poderiam ter discussões mais estratégicas sobre os serviços. Com o tempo, porém, isso se mostrou falso. Os superintendentes da ANATEL tinham o mesmo perfil tecnocrático dos diretores precedentes e podiam ser ainda menos transparentes que os diretores. Como os superintendentes supostamente não deveriam criar normas, eles acabaram usando eventos fragmentados e casuísticos para regular, como a expedição de autorizações ou exames de pedidos. ADV-1 refere-se a esse período como um tempo em que “a regulação começou a ser criada por meio de cartas”. A ANATEL começou a introduzir novos comandos regulatórios ou mesmo impor penalidades por meio de simples comunicações dos superintendentes para as empresas.

vogado Geral da União, não mais aos presidentes de tais agências.

Isto deu a advogados que atuavam internamente na ANATEL considerável força e independência em relação ao Conselho de Administração. Como consequência, dez anos após a criação da ANATEL, seus advogados começaram a emitir pareceres jurídicos que exigiam padrões processuais muito mais rigorosos para as práticas regulatórias da agência. E apesar de o Conselho não ser obrigado a atender à grande maioria desses pareceres, escritos como meras recomendações, rejeitá-los ajudaria os advogados das empresas a levar casos mais robustos aos tribunais contra as práticas dominantes na agência.

O resultado foi uma radical mudança no setor. Como as práticas regulatórias da ANATEL tinham que ser mais cuidadosas em relação a procedimentos jurídicos internos, além de mais responsivas ao controle judicial, o antigo etos tecnocrático teve que se abrir para práticas institucionais mais próximas ao direito e para a expertise profissional dos advogados. Por exemplo, REG-1 relata que:

Dado o número de PADOs, começamos a contratar advogados e mais advogados, e a agência começou a parecer mais como um mini-tribunal... Isso até se refletiu no estatuto da agência: se você comparar nossos primeiros estatutos com o que temos agora, você vai ver que agora temos muito mais regulação dos atos processuais, muito mais regras processuais. Todas essas regras vinculam a forma como o Conselho de Administração opera, dando-lhe uma cara muito mais jurídica ou judicial... As decisões do conselho eram chamadas de atos, agora são chamadas de acórdãos, entende o que quero dizer? Então vamos encarar a realidade: isto está se tornando um tribunal. É um inferno.

ESP-2 acrescenta que:

A presença de advogados no conselho de administração da ANATEL aumentou significativamente; no começo eles eram todos engenheiros e, eventualmente, economistas. Agora eu diria que houve uma mudança, há mais advogados do que economistas e engenheiros. E há mudanças nos processos admi-

nistrativos... No mês passado... A ANATEL permitiu que partes nos seus processos façam sustentações orais. Para quem é essa regra? Obviamente, é para profissionais da área jurídica: eles estão pressionando por maior participação nos processos de tomada de decisão dentro da agência. Na verdade, a nova faceta da agência como um tribunal administrativo é algo que beneficia os profissionais do direito.

Naturalmente, isso teve impacto significativo na advocacia de empresas. De personagens com instrumentos e relevância limitados, em permanente disputa de espaço com engenheiros da ANATEL e gerentes de negócios, tais profissionais se tornaram indispensáveis para companhias que precisavam navegar por uma teia regulatória cada vez mais *juridificada*.

Nesta nova e privilegiada posição, advogados de empresas despontavam como verdadeiros garantes do processo de transformação iniciado com a LGT. As questões e controvérsias jurídicas que eles suscitavam impunham constrangimentos cada vez maiores ao exercício do poder regulatório da ANATEL. Tais constrangimentos pareciam conduzir a regulação em telecomunicações de volta ao curso pretendido após a privatização da Telebrás: um regime favorável ao mercado, com intervenção estatal em relações privadas ocorrendo, por princípio, em caráter mínimo e racionalmente concebido. No entanto, um novo impulso de ativismo estatal estava por vir.

5.4 Entre resistência, engajamento negociado, e novas restrições institucionais: advogados de empresas e a emergência de um NED em telecomunicações (2007-2014)

Após uma década de abertura e rápidas transformações no setor de telecomunicações no Brasil, advogados de empresas haviam alcançado especial prestígio na regulação e governança das telecomunicações, o qual poderiam mobilizar para moldar o setor de acordo com princípios acalentados pelas empresas que formavam sua clientela. Mas este estado de coisas mudou ao final dos anos 2000, quando o governo começou a introduzir novas demandas. A mais importante destas demandas era para que as empresas tornassem a Internet de banda larga amplamente disponível. Isso criou tensões entre o

governo e as empresas e levou os advogados destas empresas a explorarem novas habilidades e papéis profissionais.

5.5 O Novo Estado Desenvolvimentista (NED) em telecomunicações e os desafios para o direito e os advogados

As questões jurídicas trazidas pelo advento de um NED em telecomunicações e os consequentes desafios para advogados das empresas resultam da estrutura da Lei Geral de Telecomunicações (LGT). A lei dividiu os serviços de telecomunicações em dois regimes: o “público” e o “privado”. Serviços públicos eram aqueles considerados essenciais, que afetavam uma ampla gama de interesses e exigiam oferta contínua. Serviços privados eram quaisquer outros serviços de telecomunicações que não atendiam esses requisitos.

O sistema foi projetado para separar os serviços pensados como de responsabilidade essencial do Estado, que exigiam alto escrutínio regulatório (“públicos”), daqueles que, em sua maior parte, poderiam ser deixados às forças do mercado (“privados”). O processo regulatório variava: para os serviços considerados “públicos” os fornecedores deveriam ser selecionados por meio de licitações e a oferta era regulada por um detalhado contrato de concessão; para aqueles considerados privados, uma simples autorização era o que bastava. As tarifas dos serviços públicos são controladas, havendo ainda obrigações relacionadas à universalização do acesso. Tais requisitos não se aplicam para serviços considerados “privados”. A infraestrutura criada para os serviços prestados sob regime público revertem para o governo ao final da concessão (reversibilidade de bens); o mesmo não ocorre para serviços prestados sob o regime privado.⁵⁸

Quando o setor de telecomunicações foi privatizado, na década de 1990, os únicos serviços incluídos no regime público foram os de telefonia fixa. Todos os demais, incluindo telefones celulares (serviço móvel

peçoal) entraram no regime privado. Telefones fixos ficaram sujeitos a um regime regulatório estrito, incluindo a exigência de cumprimento de planos para promover a universalização do acesso dos cidadãos às telecomunicações; outros serviços estavam livres de tais requisitos.

Esse sistema foi posto em xeque tanto pelo Banda Larga nas Escolas quanto pelo seu sucessor, o Plano Nacional de Banda Larga (PNBL). Estas políticas afastaram-se da lógica da LGT de duas maneiras. Em um nível mais geral, elas incorporam uma nova filosofia de governança. Regras estritas e regulação estatal limitada sobre as empresas, embora nunca completamente implementadas no setor, deram lugar à negociação permanente entre Estado e mercado, na medida em que o governo buscava envolver empresas privadas na tentativa de alcançar objetivos de desenvolvimento industrial, bem-estar social, e participação democrática. Assim, quando forçamos um dos nossos entrevistados, ADV-3, a articular uma visão sobre o atual momento da política de telecomunicações, ele disse:

É um tempo de “deixa eu te ajudar com este problema que você está enfrentando, desde que você faça um investimento aqui ou ali”. Isso é o que a regulação em telecomunicações se tornou... O governo busca o que colocar sobre a mesa para fazer pressão sobre as empresas, a fim de que elas façam isso ou aquilo, do jeito que o governo quer, tal como investir em Internet banda larga. É um momento onde a Casa Civil está fazendo regulação, e no qual nos envolvemos em negociações políticas sobre os temas centrais de interesse para as empresas do setor.⁵⁹

Mas em uma esfera mais específica e controvertida, essas políticas desafiaram o “espírito” dominante da LGT. No Banda Larga nas Escolas, empresas prestadoras de serviços de telefonia fixa no regime público tinham a obrigação de promover a universalização

58 Isto ajuda a explicar por que as empresas resistiram as novas obrigações de *backhaul* em seus contratos de concessão, apesar de terem inicialmente apoiado essa solução. GOV-2 notícia que: “As empresas não querem mais investir em *backhaul*, pois sabem que isso irá reverter de volta ao governo no final dos contratos de concessão; isso não é interessante para elas”.

59 Isto é consistente com a caracterização de Taylor (2015) sobre o capitalismo brasileiro contemporâneo. Para o autor, as linhas divisórias entre agências reguladoras autônomas e agências executivas “se tornaram menos claras (2015, p. 18) e “o sistema de agências reguladoras reduziu mas não eliminou significativamente a influência do governo no setor de infraestrutura” (2015, pp. 19-20).

de tais serviços, conforme estipulado pelos contratos de concessão firmados com a ANATEL. Instalação e operação de *backhaul* se tornaram meios de fazê-lo, entendido o *backhaul* como estrutura de suporte à telefonia fixa. Mas o mesmo não podia ser dito em relação à obrigação de fornecer acesso à Internet nas escolas, a qual não estava efetivamente relacionada com serviços de telefonia fixa e, portanto, não poderia ter sido introduzida no âmbito dos referidos contratos de concessão.⁶⁰ Como forma de contornar tal obstáculo, esta obrigação foi incluída em adendos às autorizações que as tais empresas haviam obtido a fim de prestar outros serviços sob o regime privado, como serviços de telefonia celular. Todavia, obrigações desta natureza simplesmente não deveriam existir no regime privado. ADV-7 mostra seu desconforto com essa solução. Ele diz que:

A maior surpresa que nós tivemos nessa negociação (sobre o backhaul) foi a Internet para as escolas. Porque para mim, trocar as estações multisserviços por backhaul era uma operação matemática – o quanto aqueles valiam em comparação com este. Mas então eles disseram: “Já que estamos fazendo trocas, queremos algo a mais”. E Internet nas escolas apareceu como esse “algo a mais”... E então veio esse adendo às autorizações concedidas para que empresas fornecessem serviços sob o regime privado, estabelecendo obrigações para as quais não havia nada em troca, afirmando que as empresas estavam assumindo voluntariamente a obrigação de entregar Internet de banda larga para as escolas... Isso foi algo que criou muita incerteza.

O PNBL parece mais benéfico para as empresas, mas, sob o ponto de vista jurídico-institucional, segue o mesmo padrão do Banda Larga nas Escolas. Ao invés de instalar e operar infraestrutura de *backhaul*,

⁶⁰ É bom destacar que ONGs de proteção do consumidor também questionaram se era correto relacionar o *backhaul* com serviços de telefonia fixa. A ANATEL e as empresas elaboraram longos relatórios descrevendo o *backhaul* como infraestrutura que opera “em apoio às linhas de telefonia fixa”. As ONGs entendiam que serviços de banda larga de Internet deveriam ser tratados a partir de nova relação contratual entre empresas e agência e tinham receio de que o *backhaul* instalado no âmbito do Banda Larga nas Escolas pudesse não ser revertido para o poder público ao final dos contratos de concessão.

as empresas passaram a vender planos de Internet a preços mais baratos aos brasileiros. As tarifas e outras condições para tais vendas foram estabelecidas em Termos de Compromisso que essas empresas “voluntariamente” assinaram com o MINICOM. Mas tais Termos de Compromisso não fizeram nada além de criar obrigações jurídicas formais sobre serviços prestados em regime privado. Assim, em ambos os casos, a clara divisão da LGT entre os regimes público e privado foi relativizada, mediante a introdução de requisitos regulatórios em áreas que deveriam ser regidas por mecanismos rigorosamente de mercado. Até mesmo integrantes do governo, como GOV-1, reconhecem isso, quando dizem, por exemplo, que:

As empresas de telecomunicações têm operado ao abrigo desses contratos desde 1998, mas eles não cobriam a Internet banda larga; isso é oferecido sob o regime privado. Agora nós já não queremos investir tanto em serviços de telefonia fixa, mas não podemos abandonar essas empresas, que estarão aqui até 2025. Então, nós criamos algumas ferramentas estranhas ou pouco ortodoxas, para dizer o mínimo, para fazer as coisas avançarem sem ter que lidar com os problemas relacionados com os contratos de concessão... Em 2008 tivemos o Banda Larga nas Escolas... Em 2011, como parte do PNBL, tivemos estes Termos de Compromisso, na medida em que queríamos que as empresas difundissem o acesso à Internet de banda larga, mas não poderíamos colocar isso em seus planos de universalização. Esses termos de compromisso funcionavam como se as empresas chegassem para nós e dissessem: “Ei, nós queremos oferecer acesso à Internet de banda larga em todo o país”; ao que nós respondíamos: “Ótimo, então vamos assinar um documento para registrar quais serão suas obrigações”. E nós viemos com essa solução, que a ANATEL supervisiona, impondo multas se as obrigações não forem cumpridas, etc. Portanto, este é um momento em que há um grande espaço para a criatividade jurídica.”⁶¹

⁶¹ De modo similar, GOV-3 considera que o “Banda Larga nas Escolas é uma coisa estranha... Foi uma política pública de fato formidável, mas que aconteceu por vias esquisitas. Nós tentamos colocar a obrigação de oferta de banda larga nas Escolas como uma cláusula nos contratos de concessão; depois tentamos elaborar um novo contrato de concessão; todas essas alternativas

Desnecessário dizer que advogados de empresas e seus clientes são críticos em relação a essas novas práticas regulatórias. Por exemplo, quando perguntamos a EMP-2 sobre os principais desafios jurídicos que ele e seus colegas de departamento jurídico enfrentam nos dias atuais, ele disse:

Observamos que a ANATEL vem impondo obrigações adicionais sobre alguns dos serviços que prestamos... Além do que a agência está fazendo em contratos de concessão..., começamos a ver que em leilões de espectro relacionados com telefonia celular e serviços de multimídia a ANATEL está incluindo algumas obrigações que marcam a clara tentativa de implementar políticas públicas através de prestadores de serviços privados, ou seja, realizar políticas públicas no contexto das autorizações de serviço.

E concluiu:

Uma coisa é fazer isto contexto de contratos de concessão, onde você de certo modo espera ver maior presença do Estado e há obrigações legais para universalização... Mas eu estou falando de autorizações... E nós vemos a ANATEL impor algumas obrigações de universalização que eu acredito que são muito mais próximas ou que fazem muito mais sentido no âmbito de contratos de concessão.

Mas se essas novas práticas regulatórias são realidade para todas as empresas e seus advogados, as reações destes não têm sido uniformes. Duas narrativas conflitantes de identidade profissional atualmente circulam nesse meio: resistência e engajamento negociado.

5.6 Resistência e engajamento negociado: variações sobre o significado da prática jurídica empresarial em telecomunicações no Brasil após o surgimento do NED

Na medida em que despontou no Brasil uma abordagem de tipo NED para as telecomunicações, novas

tinham problemas jurídicos. Acabamos elaborando um adendo às autorizações das empresas para fornecer serviços de comunicação multimídia, que, no entanto, deveria prever obrigações de reversibilidade”.

formas de atuação profissional foram experimentadas e o significado da prática jurídica empresarial foi diversificado. Duas narrativas merecem destaque. A primeira é a que chamamos *resistência*. Ela inclui a negação da autoridade do Estado para impulsionar o setor (em comparação com o mercado), uma crença de que as soluções de política pública como o Banda Larga nas Escolas ou o PNBL são ilegítimas frente ao “direito”, e uma vontade concomitante de resistir a tais políticas.

Uma das formas pelas quais a resistência se manifesta é a produção acadêmica em direito. Advogados de empresas escrevem artigos e opiniões que denunciam os movimentos adotados recentemente pelo Estado como inconsistentes com a estrutura jurídica que rege o setor, ou seja, com “o direito”. Tais construções argumentativas ajudam a sustentar a aspiração de um regime puramente de mercado para serviços de telecomunicações, reclamando a intenção original da LGT em contraposição ao que pretendem os apoiadores de soluções de tipo NED.

Um exemplo está em Marques Neto (2010). Em revista especializada em direito das telecomunicações, ele argumenta que políticas como o PNBL “desprezam” os mecanismos existentes na LGT, ao passo em que “buscam alternativas à margem ou contra” esta lei. Para o autor, “poderemos ter, ao fim deste processo, eventualmente um incremento da oferta de banda larga aos cidadãos. É possível. Porém o resultado disso será a destruição do modelo que vem dando resultados e o retrocesso de décadas na higidez institucional do setor”.⁶²

A *resistência* também aparece na mobilização jurídica, na qual advogados de empresas se apoiam no capital e conhecimento que adquiriram após anos de lutas para juridificar a regulação visando resistir a novas soluções de política pública. O Banda Larga nas Escolas traz um exemplo: por meio de uma única ação judicial, advogados confrontaram com sucesso

⁶² Esse é um sinal de que a *resistência* se constrói a partir do capital acadêmico acumulado por advogados de empresas, o qual serve de plataforma para a defesa de posições relevantes para o setor privado. Marques Neto, da passagem transcrita, é advogado de empresas e professor de direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

a iniciativa do governo de incluir obrigações mais agressivas de *backhaul* em desfavor das empresas que representavam. A ação paralisou o processo de revisão do plano geral de metas de universalização, garantindo proteção temporária aos interesses desta clientela. Como Aranha et al. (2015, pp. 83-84) explicam em relação a esses eventos:

*A reação às novas metas adquiriu uma feição tecnicista jurídica ao se defender, então, pela Telefônica, que a Anatel deveria respeitar o prazo legal de 24 meses do conhecimento das novas obrigações pelas concessionárias para sua implantação, o que exigiria que o PGMU III tivesse sido aprovado até 31 de dezembro de 2008 para sua aplicação a partir de 1o de janeiro de 2011... Em meio à discussão que dominou a agenda do setor no segundo semestre de 2010, decisões judiciais impediram a efetiva edição do PGMU III ao internalizarem a demanda por mais prazo para a consulta pública pertinente... Em 13 de dezembro de 2010... Oficializou-se a proposta do Governo Federal de que, se as empresas abrissem mão de suas ações judiciais contra o PGMU III, seria postergada a edição do Decreto correspondente até que se chegasse a um acordo sobre os aspectos mais polêmicos... Em 15 de dezembro, o SindiTelebrasil comunicou que teria protocolado os pedidos de desistência das ações judiciais movidas contra o PGMU III à espera do adiamento da edição do decreto veiculador para maio de 2011.*⁶³

A resistência coexiste e conflita potencialmente com o *engajamento negociado*. Neste caso, admite-se a autoridade do Estado para impulsionar o setor, ha-

⁶³ Mas vale destacar que essa liminar foi concedida tendo como fundamento a violação de direitos *processuais*. Os advogados de empresas ainda têm muito ceticismo quanto a juízes decidirem sobre a *substância* de políticas de telecomunicações ou examinarem as *práticas regulatórias* da agência. ADV-6 declarou que: “Nós trazemos casos muito bem delimitados para a justiça, apresentamos pareceres jurídicos sólidos, mas não recebemos resposta... Parece que nossos casos somente são decididos quando se tornam estatisticamente relevantes para os tribunais, como no caso de ações coletivas... Nós vamos aos tribunais por que não há nada mais que possamos fazer uma vez uma vez recebemos uma multa de 50 milhões de reais, mas esses casos não geram impacto nas práticas regulatórias, os juízes não dizem: “Anatel, comporte-se”, nós ficamos apenas discutindo números”.

vendo crença de que as soluções de política pública propostas pelo Estado são contestáveis, mas legítimas, além de mente suficientemente aberta para examinar como os clientes podem tirar o maior proveito possível deste novo contexto. De certa forma, é como se os advogados de empresas estivessem de volta ao tempo em que o raciocínio jurídico era, na melhor das hipóteses, auxiliar nos debates regulatórios, com a diferença de que a tecnocracia de estilo antigo foi agora substituída por um “experimentalismo” neodesenvolvimentista. ADV-4 descreve a sua experiência mais recente no trato com as novas exigências regulatórias, utilizando-se dos seguintes termos:

Em muitos casos continua a ser aquela advocacia prática; por isso, quando uma consulta pública é lançada (agora existem consultas públicas antes da edição de normas e outros atos administrativos, às vezes há também audiências públicas), nós aproveitamos a oportunidade para fazer nossos comentários e nos envolvermos em discussões públicas sobre a questão. E não somente discussões públicas, às vezes nós marcamos reuniões com diretores e superintendentes da ANATEL para tentar entender o que eles estão tentando alcançar e ver o que podemos fazer a respeito... Hoje em dia há muito menos receio de propor ações judiciais contra a ANATEL, mas acho que esses debates e reuniões são as formas mais eficientes pelas quais podemos fazer o nosso trabalho.

Do mesmo modo, quando EMP-3 tratava dos desenvolvimentos mais recentes na regulação e governança de telecomunicações, ela disse que:

O Banda Larga nas Escolas e o PNBL envolveram amplas negociações... com reuniões intermináveis com o Ministério, a Casa Civil; nós literalmente tivemos que nos mudar para Brasília por algumas semanas... E nós estamos aprendendo a lidar com esse mundo de negociação. Por exemplo, existe uma disposição na LGT que diz que nos contratos de concessão deve ser garantido o equilíbrio econômico-financeiro. Nós temos estudos que mostram que até 2018 os contratos de concessão deixarão de ser lucrativos. Junto com a necessidade de esclarecimento sobre a reversibilidade de bens, essa é a questão mais premente para as empresas hoje em

dia. Mas sabemos que, não obstante a existência daquele dispositivo legal, se nós nos aproximamos do governo para discutir essas questões, eles dirão: “Estamos dispostos a fazer o que é preciso, mas você precisa me dar algo em troca, especificamente a banda larga”. Neste momento, o governo está promovendo discussões sobre como melhorar a legislação e a regulação de telecomunicações, e é isso que nós vamos colocar na mesa.⁶⁴

Na medida em que estes advogados “aprendem a lidar com... negociação”, eles também enfrentam a necessidade de desenvolver e mobilizar um conjunto diferente de habilidades profissionais. Além de mediar transações e propor ações judiciais, eles são cada vez mais obrigados a contribuir em conversas entre empresas e o governo. Isto significa avaliar os riscos de operações vis-à-vis as leis existentes, mas também imaginar arranjos institucionais que poderiam conciliar melhor os interesses tanto das empresas quanto do governo, agindo, assim como formuladores de um regime jurídico novo e híbrido. Neste sentido, quando ADV-6 descrevia seu trabalho atual, ele disse que:

Às vezes somos chamados para dizer o que pode ser feito; se esse ou aquele componente poderia ser incluído (nas negociações) e em quais termos. Na medida em que o governo abre as portas para algumas discussões, somos chamados a trabalhar sobre essas questões mais concretas: se temos de apresentar novas soluções para a questão da reversibilidade, por exemplo, o que poderíamos apresentar?

A persistência e o sucesso desta “advocacia prática” e o maior envolvimento de advogados de empresas em iniciativas de imaginação institucional dependem de muitos fatores e movimentos. A resistência

64 Essas discussões começaram em 20/10/2015, com uma consulta pública online sobre a “revisão do modelo da provisão de serviços de telecomunicações no Brasil”. A consulta era precedida de considerações e questões do MINICOM, que salientava: “Tendo em vista o novo anseio da sociedade por banda larga, fixa ou móvel, em detrimento da telefonia fixa, é preciso redesenhar as políticas públicas para permitir a expansão do acesso das mais diversas camadas da sociedade a esses serviços” (Disponível em: <<http://www.participa.br/revisaododelo/eixo-1>> - acesso em 16 dez, 2015).

pode se beneficiar de decisões judiciais futuras que restrinjam “experimentos” em telecomunicações, de mudanças na orientação do governo, ou ambos. A litigância é alternativa limitada, mas ainda viável para resistir às exigências do governo, e há uma crescente oposição política a certos aspectos do novo ativismo estatal, o que pode repercutir na regulação e governança do setor. Ao mesmo tempo, outras forças podem estimular abordagens inspiradas no NED. Entre estas, está uma burocracia estatal mais forte, mais profissionalizada e mais capaz de resistir a pressões empresariais;⁶⁵ um terceiro setor⁶⁶ mais bem mobili-

65 Este fortalecimento da burocracia pública resulta da decisão de Lula de contratar servidores públicos para a ANATEL, ao invés de usar contratos de trabalho comuns, como Cardoso havia previsto. Com estabilidade no serviço e boa formação acadêmica, incluindo, em muitos casos, formação jurídica avançada em escolas de elite do Brasil e do exterior, esses novos servidores públicos desenvolveram métodos de trabalho e redes burocráticas que favorecem análises jurídicas mais robustas e atuação mais estratégica em litígios judiciais contra as empresas, se este for o caso. Por exemplo, quando solicitamos a REG-5 que descrevesse sua participação nas recentes políticas de telecomunicações, ele disse que: “O Ministério toma a decisão política e nós começamos a pensar nisso em termos jurídicos, tanto no Ministério quanto na agência. E nos concentramos em fornecer ideias sobre como isso pode ser efetivamente alcançado, bem como sustentado nos tribunais, porque as empresas obviamente levarão política para os tribunais se não gostarem. Então nós construímos soluções jurídicas sustentáveis, no sentido de que elas serão coerentes tanto com outras normas internas à administração como com a linguagem dos tribunais. As empresas vão aos tribunais muitas vezes contra nós, e eu não vou dizer que nós ganhamos 100% das vezes, mas conseguimos vencer grande parte dos casos... A política industrial é algo que fizemos; (em leilões de espectro de 4G e 3G) nós estabelecemos obrigações de conteúdo nacional e tecnologias nacionais. Isso é algo que as empresas questionam regularmente, mas que nós conseguimos defender nos tribunais”.

66 Esse fortalecimento de organizações da sociedade civil como homólogo ao desenvolvimento do capitalismo corporativo tem sido documentado em várias ocasiões. Por exemplo, Santos e Rodríguez-Garavito (2005) demonstraram que, logo após as reformas neoliberais na década de 1990, grupos e comunidades marginalizados no Sul global voltaram-se para o direito e os tribunais em busca de proteção. Curiosamente, a obsessão das reformas orientadas para o mercado com a implementação de um sistema de “Estado de Direito” nos países periféricos deu aos cidadãos destes países ferramentas para resistirem àquelas mesmas reformas orientadas para o mercado. De igual maneira, quando Dezalay e Garth analisam a difusão global das normas e instituições jurídicas no contexto do neoliberalismo e da hegemonia norte-americana, eles se referem a mercadores (*merchants*) e missionários (*missionaries*), dando a entender que o processo serve simultaneamente a interesses pela conformação de economias de livre mercado e de *accountability* política, ambos os quais contribuem para fortalecimento do projeto do “Estado de Direito” (Dezalay & Garth, 2002a,

zado e efetivo pressionando por universalização da Internet de banda larga e participação social nas políticas de telecomunicações;⁶⁷ além de instituições públicas de controle da burocracia, como o Ministério Público⁶⁸ e o Tribunal de Contas.⁶⁹ O que é certo é que essas mudanças no estado brasileiro e a corres-

pondente emergência de novo perfil profissional em direito e novas formas de advocacia desafiam as teorias existentes sobre advogados e desenvolvimento capitalista na periferia. Voltamo-nos para esse ponto em nossas considerações finais.

2002b, 2011; Garth & Dezalay, 2012; ver também Cummings & L. Trubek, 2008).

A literatura existente sugere que as privatizações de telecomunicações no Brasil geraram um ímpeto de mobilização jurídica via ONGs de proteção do consumidor (Rhodes, 2005; Veronese, 2011), as quais também têm coordenado campanhas e colaborado com instituições como o Ministério Público em casos envolvendo o direito à Internet de banda larga. Essas ONGs são pequenas em número, mas têm sido capazes de criar constrangimentos significativos aos agentes do governo e às empresas. Por exemplo, uma ação ajuizada por uma delas reforçou a obrigação de reversibilidade do *backhaul* no contexto do *Banda Larga nas Escolas*, conforme detalhado nas entrevistas por ONG-1 e ONG-2.

67 Sobre as promessas e frustrações da participação social na regulação de telecomunicações, ver P. T. L. Mattos (2006), Aranha (2008) e Leal (2001).

68 ADV-6 disse que: “Às vezes a negociação também esbarra em outras fontes de resistência, como o Ministério Público e ONGs de defesa de consumidores. Então se as soluções que nós estamos produzindo não possuem consistência, mesmo se fizermos um acordo com o governo ele será anulado”. Para exemplos de requerimentos do Ministério Público à ANATEL na qualidade de “guardião do interesse público”, ver Melo, Gaetani e Pereira (2005). Para análises das ações judiciais movidas pelas ONGs e pelo Ministério Público, ver Faraco, Neto e Coutinho (2014).

69 O Tribunal de Contas da União (TCU) fiscaliza *gastos* públicos, mas no exercício desta atribuição adquiriu progressiva influência no *desenho* de políticas de telecomunicações. Por exemplo, em sua crítica às práticas regulatórias da ANATEL, ADV-6 afirmou que a agência: “Agora enfrenta alguns problemas que ela criou para ela própria. Por exemplo, eles estão negociando um termo de ajustamento de conduta com algumas empresas para resolver disputas sobre multas previamente impostas. E estão sob muita pressão, já que o TCU irá dizer que eles foram negligentes, caso entenda que aliviaram demais para as empresas nessas negociações. Eu conheço uma pessoa que está trabalhando com isso e ele me disse: “Minha carreira está em jogo. Se eu não justificar essas decisões muito bem, eu serei responsabilizado”. Para exemplos do papel do Tribunal de Contas nas telecomunicações, ver Brasil (2006; 2008).

6 Considerações finais

Este texto perseguiu um objetivo diferente do que esforços correlatos procuraram alcançar. Ao invés de examinar como mudanças na economia impactam a advocacia empresarial em países como Brasil, tentamos entender como advogados de empresas têm participado na constituição das mudanças econômicas que acontecem ao seu redor. Utilizamos um estudo de caso envolvendo advogados em telecomunicações como via para ingressar nesse terreno complexo.

O estudo revelou três fases da coevolução entre a economia política das telecomunicações e a atuação de advogados envolvidos neste setor. Tais fases estão resumidas na Tabela 3.

Tomados em conjunto, os elementos nesta figura indicam a aquisição de poder profissional, que, no entanto, enfrenta um novo desafio. Na medida em que advogados de empresas ajudaram a construir, sustentar e dar efetividade a um sistema de normas que favorecia o poder privado em escala global, eles ampliaram seus poderes e sua importância. No entanto, na medida em que aquele sistema de normas está sendo posto em xeque pelas práticas “experimentais” de um NED, este poder profissional também enfrenta desafios. Como ADV-3 definiu: “Os advogados fizeram o que poderiam ter feito no setor: eles fizeram com que o setor tivesse suas normas e operasse de acordo com essas normas. Agora, os desafios estão em um nível mais estratégico”.

Tabela 3

Período	Características	Histórias sobre a participação dos advogados de empresas
Declínio do monopólio estatal (Fim dos anos 1980 a 1997)	O monopólio estatal começa a perder sustentabilidade; O governo busca abrir o setor, mas encontra dificuldades para fazê-lo;	Advogados de empresas tentam contribuir com os esforços para a abertura do setor, envolvendo-se em interpretações criativas da legislação existente e na elaboração de normas administrativas que poderiam permitir a participação privada no setor;
Reestruturação global neoliberalismo e privatização (1998 a 2007)	Forças hegemônicas nos níveis nacional e internacional convergem em torno da ideia de que o setor de telecomunicações deveria ser entregue ao setor privado, com a venda da Telebrás ao capital internacional; O governo compreende que, a fim de atrair investidores estrangeiros da forma como pretendia, deveria empreender grandes mudanças institucionais no setor segundo modelos de “concorrência regulada” difundidos internacionalmente;	Na medida em que o processo de abertura tem início, advogados de empresas realizam intervenções críticas para garantir que o governo atenderá as demandas de investidores estrangeiros; Na medida em que o processo de abertura avança, advogados de empresas ajudam a identificar profissionais que poderiam ajudar o governo a promover as reformas institucionais necessárias para atrair investidores estrangeiros; Advogados de empresas <i>juridificam a regulação</i> , como estratégia para constranger o duradouro ethos tecnocrático do sistema, prejudicial aos interesses de sua clientela;
Novo Estado Desenvolvimentista (2008-atualmente)	O governo busca retomar sua capacidade de coordenar o setor; A retomada do ativismo estatal, impulsionado por preocupações como desenvolvimento industrial e igualdade social engendra novas soluções de política pública (experimentais); Estas soluções contrariam práticas de governança existentes, assim como o “espírito” dominante da legislação;	Advogados de empresas resistem por meio da produção de argumentos jurídicos favoráveis ao mercado e da mobilização jurídica, ao passo em que também estabelecem engajamento negociado com as necessidades do governo; Advogados de empresas enfrentam novas restrições institucionais, dada a maior capacidade jurídica no interior do estado, a mobilização social em torno de temas como o direito à banda larga, e a maior relevância para os mecanismos de transparência e <i>accountability</i> , como o Ministério Público e o TCU; Este contexto suscita possibilidade de transformação não previstas nas teses existentes;

Frente a esse contexto, houve diversificação nos métodos e significados da prática jurídica empresarial. Surgiu *resistência*, em especial na produção de opiniões e na mobilização de conhecimento especializado, a fim de limitar ação estatal considerada ilegítima. Mas isso tem coexistido com o *engajamento negociado*, o qual implica em aceitação do NED, capacidade de operar em um regime jurídico mais flexível que exige negociação contínua, e uso da “advocacia prática” para influenciar os “experimentos” próprios deste contexto, a fim de que eles possam atender melhor as necessidades da clientela empresarial.⁷⁰

Estes resultados possuem implicações em múltiplos níveis. Para o campo geral dos estudos sobre advogados e desenvolvimento capitalista, eles trazem novas informações sobre a construção e subversão

de hierarquias nas profissões jurídicas, tendo em vista as rápidas mudanças econômicas e a integração à economia global recentemente experimentadas pelo Brasil. Ao invés de uma completa suplantação de elites, as histórias que coletamos parecem mais formar um “jogo de espelhos”. A emergente advocacia empresarial em telecomunicações apoiou-se nos “juristas” tradicionais – e assim os empoderou – quando reformas jurídicas importantes foram necessárias para permitir a privatização. Tais reformas expandiram o papel da advocacia empresarial em telecomunicações, eventualmente arrastando alguns daqueles “juristas” para este mundo: ADV-1 é o melhor exemplo. Entretanto, integrantes da moderna advocacia empresarial em telecomunicações também percorreram caminhos consistentes com os dos “juristas” tradicionais. Eles investiram em carreiras acadêmicas e se tornaram professores em tempo parcial em escolas de direito de prestígio, como a da Universidade de São Paulo: Marques Neto, citado acima,

70 Para história semelhante no campo do direito antitruste, ver Miola (2015).

é apenas um exemplo. Mas esta simbiose pode ser afetada pelo giro brasileiro em direção a um NED e o surgimento da “advocacia prática” e da imaginação institucional. Se estas ganharem força, advogados com novas habilidades e *habitus*, formados por um misto entre políticas públicas, negócios, raciocínio jurídico e técnicas de negociação, podem suplantar profissionais mais tradicionais, guiados por ideias de segurança jurídica e doutrinas de direito administrativo produzidos nos anos 1990. Da mesma forma, advogados com laços mais fortes com o Estado podem se mostrar mais efetivos que aqueles mais ligados ao capital global. Seria instrutivo acompanhar a formação dessas novas identidades.

Para os debates de D&D, nossos resultados revelam como foi criada uma inusitada dinâmica de retroalimentação entre a advocacia empresarial e o campo do poder estatal, a qual pode até ajudar o Brasil a sustentar sua trajetória rumo a um NED, caso as políticas do NED sobrevivam. Se o “neoliberalismo” valorizou o “estado regulador” e a sociedade civil – ambos vistos como meios para constranger a ação estatal – o “terceiro momento” ou NED se apoiou na máquina regulatória instituída e na participação da sociedade civil para impor obrigações crescentes às companhias e perseguir novos objetivos de desenvolvimento⁷¹. E na medida em que alguns advogados de empresas tenham se adaptado para buscar os melhores resultados possíveis para seus clientes, no que agora se parece mais com um processo aberto de negociação, eles encontraram meios para proteger os interesses privados, mas também deram legitimidade ao NED. Se esta dinâmica persistir no tempo, poderá ser formada uma nova “espiral” entre o capital privado e o campo (reconfigurado) do poder estatal no Brasil, sob a mediação de uma nova geração de advogados – incluídos aí alguns dos que militam na prática empresarial.

Por fim, para os debates em DAG, nossos resultados

71 Isto também é consistente com as observações de Taylor sobre a formação deste “terceiro momento”, segundo as quais: “É irônico, embora talvez não surpreendente, que o arranjo regulatório estabelecido para facilitar a privatização de uma variedade de empresas de inúmeros setores tenha sido instrumentalizado ao longo do tempo para servir como instrumento de controle do governo sobre a economia” (2015, p. 20).

não são de menor significância. Como demonstramos, o direito e advocacia empresariais em telecomunicações realmente aparecem como subproduto da hegemonia norte-americana e de seu pilar do “livre mercado”. Mas em meio a mudanças no campo do poder estatal, conducentes à formação de um NED no Brasil, eles foram adaptados de maneira que pode ser consistente com – e potencialmente alimentar – a construção de um projeto contrahegemônico. As teorias de DAG ganhariam muito com investigações sobre como tais projetos contrahegemônicos, os quais até agora foram trabalhados apenas na literatura de D&D, podem afetar o papel relativo do direito na governança e a construção do poder profissional dos advogados no Sul Global.

Alguns podem argumentar que, embora algo de novo tenha ocorrido no Brasil, é difícil dizer o quão fundo estas mudanças irão ou o quão sustentáveis elas podem ser. De fato, a abordagem do NED mostrou limites, e há demandas por retorno a políticas mais orientadas ao mercado. O Brasil está em um limiar e os conflitos nas políticas de telecomunicações estão situados em um debate nacional mais amplo sobre estado, mercado e direito. No entanto, a contestação de poderes hegemônicos e a busca por modelos alternativos de desenvolvimento são eventos recorrentes na história mundial, como podemos ver no caso brasileiro, nos BRICS de maneira mais geral, e até mesmo em alguns países africanos da atualidade. Para os que se aventuram nesses processos, como pesquisadores ou como seus arquitetos, as lições que aprendemos com o Brasil certamente serão úteis.

////////////////////////////////////

7 Referências

- Almeida, M. W. (1994). *Reestruturação, internacionalização e mudanças institucionais das telecomunicações: lições das experiências internacionais para o caso brasileiro*. PhD dissertation (Economics). Campinas: Universidade Estadual de Campinas.
- Almeida, M. W. (1998). *Investimento e privatização das telecomunicações no Brasil: dois vetores da mesma estratégia*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas.
- Aranha, M. I. (2005). Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil - EUA). PhD dissertation (Comparative politics in the Americas). Brasília: Universidade de Brasília.
- Aranha, M. I. (2008). Democracia participativa e a agência reguladora de telecomunicações brasileira. In *Anais do I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.
- Aranha, M. I. (2015). *Direito das Telecomunicações: Histórico normativo e conceitos fundamentais* (3a Ed). Charleston: CreateSpace.
- Barbosa, N.; Souza, J. A. (2010). A inflexão do governo Lula: política econômica, crescimento e distribuição de renda. In E. Sader & M. A. Garcia (Orgs.), *Brasil entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo e Boitempo Editorial.
- Bolaño, C. R. (2003). *Políticas de Comunicação e Economia Política das Telecomunicações no Brasil: convergência, regionalização e reforma* (2a Ed.). Aracaju: Universidade Federal de Sergipe.
- Bolaño, C. R.; Massae, F. (2000). A situação das telecomunicações no Brasil ao final do processo de privatização. In: *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, XXIII(1), 43-55.
- Brasil, R. F. (1997). Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações - Volume 4: Documentos de Suporte: Sundfeld Advogados. Ministério das Comunicações.
- Brasil, R. F. (2006). Acórdão TCU 2109. Auditoria de natureza operacional. Avaliação da atuação da ANATEL no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telefonia. Determinações e recomendações. Monitoramento. Tribunal de Contas da União.
- Brasil, R. F. (2008). TC023.332/2008-7. Monitoramento. Avaliação da atuação da ANATEL no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telefonia. Baixo grau de implementação de recomendações do acórdão 2109/2006-P. Reduzido grau de cumprimento das determinações. Fixação de prazo para providências. Reiteraões. Novo monitoramento. Ciência aos órgãos interessados. Tribunal de Contas da União.
- Brasil, R. F. (2012). Lei n 12.593, de 18 de janeiro de 2012 - Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015. Available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12593.htm
- Braz, R. (2014). *Reestruturação capitalista, firmas multinacionais de consultoria e telecomunicações: a privatização do Sistema Telebrás no lógica da mundialização do capital* (Doutorado em Comunicação e Sociedade). Universidade de Brasília, Brasília.
- Campello, T.; Neri, M. C. (Orgs.) (2013). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Ipea.
- Cavalcante, S. (2011). As telecomunicações após uma década da privatização: a face oculta do “sucesso”. *Eptic online*: revista electronica internacional de economia política da informação, da comunicação e da cultura, 13(1), 166-183.
- Cavalcante, S. (2012). Estado, capital estrangeiro e burguesia interna no setor de telecomunicações nos governos FHC e Lula. In A. Boito-Jr. & A. Galvão (Orgs.), *Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000* (p. 107-157). São Paulo: Alameda.
- Coutinho, D. R. (2005). Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento. *Revista Direito GV*, 1(2), 137-160.
- Coutinho, D. R. (2014). Decentralization and coordination in social law and policy: the Bolsa família program. In D. M. Trubek, D. R. Coutinho, & M. G. Shapiro (Orgs.), *Law and the new developmental state: the Brazilian experience in Latin American context*.
- Cummings, S. L.; Trubek, L. G. (2008). Globalizing Public Interest Law. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 13(1).
- Cunha, L. G.; Gabbay, D. M.; Ghirardi, J. G.; Trubek, D. M.; Wilkins, D. B. (Orgs.), *The Brazilian Legal Profession in the Age of Globalization: The Rise of the Corporate Sector and Its Impact on Lawyers and Society*. Cambridge University Press, no prelo.

- Dalmazo, R. A. (2002). *As mediações cruciais das mudanças político-institucionais nas telecomunicações do Brasil*. Porto Alegre: Secretaria da Coordenação e Planejamento, Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser.
- Deakin, S.; Gindis, D.; Hodgson, G. M.; Kainan, H.; Pistor, K. (2015). Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law. University of Cambridge Faculty of Law *Research Paper No. 26/2015*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2601035>
- Dezalay, Y.; Garth, B. (Eds.) (2002a). *Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Dezalay, Y.; Garth, B. (2002b). *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dezalay, Y.; Garth, B. (2010). *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*. Chicago: Univ. Chicago Press
- Dezalay, Y.; Garth, B. (2011). Hegemonic Battles, Professional Rivalries, and the International Division of Labor in the Market for the Import and Export of State-Governing Expertise. *International Political Sociology*, 5(3), 276-293.
- Di Pietro, M. S. (2010). *Direito Administrativo* (24^o ed). São Paulo: Atlas.
- Duarte, D. A.; Silva, L. D. (2009). Informe Setorial: Backhaul ameaçado, consumidor atento. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, 1(1), 219-232.
- Ewick, P.; Silbey, S. S. (1998). *The common place of law: stories from everyday life*. Chicago: University of Chicago Press.
- Faraco, A. D.; Pereira Neto, C. M.; Coutinho, D. R. (2014). A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. In: *RDA - Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, p. 25-44.
- Furtado, C. (2007). *Formação econômica do Brasil* (34. ed). São Paulo: Companhia das Letras.
- Garth, B.; Dezalay, Y. (2012) Corporate Law Firms, NGOs, and Issues of Legitimacy for a Global Legal Order. *Fordham Law Review*, 80(6), 2309.
- Gomide, A. A. (2011). *A Política das Reformas Institucionais no Brasil: a reestruturação do setor de transportes*. PhD dissertation (Public Administration). São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo (Fundação Getúlio Vargas).
- Gupta, P. (2015). From Statesmen to Technocrats to Financiers: Agents of Development in the Third World. *Paper presented at the Institute for Global Law and Policy Conference*. Cambridge: Harvard Law School.
- Halliday T.; Karpik L.; Feeley M, eds (2012). *Fates of Political Liberalism in the British Post-Colony: The Politics of the Legal Complex*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press
- Ismail, S. (2006). Analyzing the World Bank's Blueprint for Promoting "Information and Communications". *59 Federal Communications Law Journal* 237 (2006), 59(1).
- Leal, S. (2001). *Os mecanismos de controle-público/social presentes no regulamento do setor de telecomunicações no Brasil: a Lei Geral de Telecomunicações e o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações*. Masters Thesis (Communications). Brasília: University of Brasília.
- Maculan, A. M.; Legey, L. R. (1996). As experiências internacionais de regulação para as telecomunicações e a reestruturação dos serviços no Brasil. *Revista de Economia Política*, 16(4), 67-86.
- Marques Neto, F. A. (2010). Entre a legalidade e o "puxadinho": a universalização da banda larga no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, 5(9): 53-61.
- Mattos, C. (2003). Telecomunicações reajuste e contrato. *Conjuntura Econômica - IBRE/FGV*.
- Mattos, C. & Coutinho, P. (2005). The Brazilian model of telecommunications reform. *Telecommunications Policy*, 29(5-6), 449-466.
- Mattos, P. (2006). *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo, SP: Editora Singular: FAPESP.
- Mello, C. A. (2009). *Curso de Direito Administrativo* (29^a Ed). São Paulo: Malheiros.
- Melo, M.; Gaetani, F.; Pereira, C. (2005). State capacity and institutional change: a case study of telecom regulation in Brazil. *Paper presented at the X CLAD International Congress on State Reform and Public Administration*. Chile: Santiago.
- Miola, I. (2015). The Politics of Competition Regulation in Latin America: Roots and Roles of Antitrust Laws in Argentina, Brazil, Chile and Mexico. *Paper presented at the Institute for Global Law and Policy*

- Conference. Cambridge: Harvard Law School.
- Moore, L. K. (2013). Spectrum Policy: Provisions in the 2012 Spectrum Act. Congressional Research Services. Available at: <http://fas.org/sgp/crs/misc/R43256.pdf>
- Mosco, V. (2009). *The political economy of communication* (2nd ed). Los Angeles: SAGE.
- Nelson, R. L.; Trubek, D. M. (1992). Arenas of professionalism: The professional ideologies of lawyers in context. In: R L Nelson & D M Trubek (Eds). *Lawyers' ideals/lawyers' practices: Transformations in the American legal profession*, 177-214.
- Nielsen, L. B. (2014). Thinking law: thinking law in motion. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, 1 (2).
- Oberman, M. (2013). Two Truths and a Lie: In re John Z. and Other Stories at the Juncture of Teen Sex and the Law. *Law & Social Inquiry*, 38(2), 364-402
- Oliveira, E. Q. (2005). Depoimento. Rio de Janeiro: CPDOC/Embresa Brasileira de Correios e Telégrafos.
- Peixoto, E. L. (2010). *Programa Nacional de Banda Larga: Análise sobre a Formação da Agenda da Universalização da Banda Larga no Brasil*. Masters Thesis (Public Administration). Brasília: Universidade de Brasília.
- Pena, A. G.; Abdalla Junior, H.; Pereira Filho, J. L. (2012). A banda larga e o cenário brasileiro das telecomunicações. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 4, n. 1, p. 237-302.
- Pereira Filho, J. E. (2002). A Embratel: da era da intervenção ao tempo da competição. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, (18), 33-47.
- Pieranti, O. P. (2011). *O Estado e as comunicações no Brasil: construção e reconstrução da administração pública*. Brasília: Abras/Lecotec.
- Prado, M. M. (2008). The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41 (2).
- Prata, J.; Beirão, N.; Tomioka, T. (1999). *Sergio Motta: o trator em ação* (1a. ed). São Paulo, SP, Brasil: Geação Editorial.
- Ramos, M. C. (2003). Tão ruim quanto uma má idéia é uma boa idéia mal copiada. *Revista Teletime*, 55: 36-38.
- Ramos, M. C. (2004). Agências Reguladoras: a reconciliação com a política. *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*, VII(5), 17-39.
- Ramos, M. C. (2010). Crítica a um Plano Nacional de Banda Larga: uma perspectiva da economia política das políticas públicas. In *Anais da IV Conferência ACORN-REDECOM*. Brasília, DF, Brazil.
- Rego, W. D.; Pinzani, A. (2014). *Voices do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania* (2. edição revista e ampliada). São Paulo, SP: Editora Unesp.
- Rhodes, S. (2006). *Social movements and free-market capitalism in Latin America: telecommunications privatization and the rise of consumer protest*. Albany, NY: State Univ. of New York Press.
- Santos, B. S.; Garavito, C. R. (Eds.) (2005). *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press.
- Silbey, S. S. (2005). After Legal Consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, 1(1), 323- 368.
- Sousa, R. A.; Souza, N. A.; Kubota, L. C. (2013). *Desenvolvimentos Institucionais Recentes no Setor de Telecomunicações no Brasil. Texto para Discussão*, n. 1874. Brasília: Instituto de Pesquisa Economica Aplicada (Ipea)
- Tavares, M. C. (2011). O Processo de substituição de importações como modelo de desenvolvimento na América Latina: o caso do Brasil. In V. P. Correa & M. Simioni (Eds.), *Desenvolvimento e igualdade: [homenagem aos 80 anos de Maria da Conceição Tavares]* (Ed. especial). Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Economica Aplicada (Ipea)
- Tavares, M. da C.; Fiori, J. L. (1993). *Desajuste Global e Modernização Conservadora*. São Paulo: Paz e Terra.
- Taylor, M. (2015). The Unchanging Core of Brazilian State Capitalism, 1985-2015. *School of International Service Research Paper* No. 2015-8. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2674332>
- Teixeira, R. A.; Pinto, E. C. (2012). A economia política dos governos FHC, Lula e Dilma: dominância financeira, bloco no poder e desenvolvimento econômico. *Economia e Sociedade*, 21 (SPE), 909-941.
- Trubek, D. M.; Dezalay, Y.; Buchanan, R.; Davis, J. (1994). Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas, *Case Western Reserve Law Review* Vol. 44, No. 2, pp. 407-498.
- Trubek, D. M.; Alviar Garcia, H.; Coutinho, D. R.; San-

- tos, A. (2014). Law and the new developmental state: the Brazilian experience in Latin American context.
- Trubek, D. M.; Coutinho, D. R.; Shapiro, M. G. (2014). *New state activism in Brazil and the challenge for law. In Law and the new developmental state: the Brazilian experience in Latin American context.* New York: Cambridge University Press.
- Trubek, D. M.; Galanter, M. (1974). Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, 1974, 1062.
- Trubek, D. M.; Santos, A. (2006). *The new law and economic development: a critical appraisal.* New York: Cambridge University Press.
- Veronese, A. (2011). *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial.* PhD dissertation (Sociology). Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro.
- Weingast, B. R.; Wittman, D. (2008). *The Oxford Handbook of Political Economy.* Oxford: Oxford University Press.

VIOLENCE AGAINST WOMEN AS AN ECONOMIC ISSUE: making sense of a fragmented field // *Helena Alviar García*¹

Keywords

violence against women / development / world bank / colombian legal system

////////////////////////////////////

Abstract

Violence against women has been a recurring theme of analysis since the 1970's. This conceptualization has evolved over time. Initially, the efforts were directed to define, prosecute and punish the crime. Then, the problem was understood as a public health one. More recently, the economic consequences of violence and discrimination against women has become central. The article starts out by relating international discussions about the relationship between gender and development and the rising prevalence of violence against women as an economic issue. The second part draws a picture of how this debate has permeated the Colombian context. This local narrative presents an example of what this article proposes: a critical analysis of the recent trends to understand violence as an access to the market issue, as well as the observation that the problem is not one of lack of regulation, but of fragmentation and overflow of institutions and policies aimed at attacking this problem.

1 Full Professor, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes. The author wishes to thank David Gómez Fajardo and Tania Luna Blanco for their invaluable research assistance for the production of this article.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES COMO UM TEMA ECONÔMICO: conferindo sentido a um campo fragmentado // *Helena Alviar García*

Palavras-chave

violência contra mulheres / desenvolvimento / banco mundial / sistema de direito colombiano

////////////////////////////////////

Summary

1 Gender and development

2 The international path to consider violence against women as an economic harm

- 2.1 1970s Feminism and the Criminalization of Violence Against Women
- 2.2 Broadening the Concept: Human Rights and Public Health Issues
- 2.3 The Discussion About Public Health
- 2.4 Violence Against Women, Productivity and Economic Growth
- 2.5 The World Bank and the World Development Reports

3 The debate in Colombia

- 3.1 Initial stages
- 3.2 Violence against women as a crime: the problems of putting all your eggs in the criminal law basket
- 3.3 Violence against women as a public health issue: broadening the scope
- 3.4 Violence against women as an efficiency issue
- 3.5 Competing views and fragmentation: the universe of laws and institutions geared towards preventing and ending violence against women

4 Conclusions

5 References

Resumo

A violência contra a mulher é um tema recorrente desde os anos 1970. Essa conceitualização tem se desenvolvido ao longo dos anos. Inicialmente, os esforços se concentraram na definição, persecução e punição do crime. Depois disso, esse problema começou a ser compreendido como uma questão de saúde pública. Mais recentemente, as consequências econômicas e a questão da discriminação contra as mulheres se tornaram centrais. Este artigo inicia por meio de uma descrição da relação entre gênero e desenvolvimento e o aumento da prevalência da violência contra a mulher como uma questão econômica. A segunda parte do texto ilustra como esse debate permeou o contexto colombiano. Essa narrativa local é um exemplo do propósito deste artigo: uma análise crítica da tendência recente de compreender a violência como um tema de acesso ao mercado, além da observação de que tal problema não é resultado de uma falta de regulação, mas sim de uma fragmentação e excesso de instituições e políticas para atacar tal problema.

In 2012, the World Bank Development Report was dedicated to the issue of gender equality. Its text describes the importance of the issue in the following terms:

*[...] gender equality matters instrumentally, because greater gender equality contributes to economic efficiency and the achievement of other key development outcomes [...]*²

According to this report, gender equality is “smart economics” for three main reasons. First, it removes barriers that prevent women from having the same access as men to education, economic opportunities, and productive inputs. Second, “[...] improving women’s absolute and relative status feeds many other development outcomes, including those for their children.” Third, if women and men have equal chances to become socially and politically active, make decisions, and shape policies, this will lead to more representative and more inclusive institutions and policy choices.³

Linking the issue of gender equality to economic development is not a recent event; since the late 1970s there has been an effort by feminists to explore the relationship between gender and development. Nevertheless, framing the issue as one of economic efficiency and productivity is much more recent and the World Bank report is a striking example.

The connection between women and development has been unpacked in relation to different topics, including the issue of violence against women. Therefore, in a report elaborated by the Global Women’s Institute at the World Bank, the connection is clearly set up:

Violence against women and girls (VAWG) affects survivors’ ability to achieve their individual potential and contribute to the economy [...] The costs of survivor medical injuries and foregone productivity can have a significant impact on a country’s Gross

2 The World Bank, World Development Report (2012). Gender Equality and Development. (Washington, 2012), 3. Available at: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936222006/Complete-Report.pdf>

3 Ibid.

*Domestic Product (GDP).*⁴

This article is framed within the discussion about the relationship between gender and development generally, and how it is translated into specific policies attacking violence against women. Its main goal will be to answer the question: what is gained and what is lost in the different ways in which violence against women is attacked?

In order to do this, the paper will have the following structure. In the first section I will describe the different ways in which gender has been incorporated into the discussion about development as well as the recent feminist critiques of the Neoliberal agenda. Then, I will lay out how the discussion about eliminating violence against women has evolved from a purely criminal perspective, to an issue of public health and more recently a question of economic efficiency and women’s access to the market. In the third section I will describe how these international discussions have been incorporated into the Colombian legal and administrative regulatory regime. This part includes a description of the diverse institutions in charge of regulating the issue, how they have evolved over time as well as the fragmentation that characterizes the field. Finally, I will present some conclusions.

1 Gender and development

The discussion surrounding the relationship between women and economic development dates back to the early 1970’s after Esther Boserup’s groundbreaking work: ‘Woman’s Role in Economic Development’.⁵

4 The World Bank, The Global Women’s Institute, IDB, *Violence Against Women & Girls. Finance and Enterprise Development* (2015), 1. Available at: http://www.vawgresourceguide.org/sites/default/files/briefs/vawg_resource_guide_finance_and_enterprise_development_brief_april_2015.pdf

5 Boserup, E. (1970) *Women’s Role in Economic Development*. New York: St. Martin Press.

As Tinker points out: “In 1970 the General Assembly included in the International Development Strategy a phrase- later widely copied- which stated the importance of encouraging ‘full integration of women in the total development effort’. In 1974 the SID/WID produced a bibliography, a mere five pages long, and in the process ‘discovered’ Ester Boserup’s *Women’s Role in Economic Development*. Her book was instantly embraced because Boserup’s theory legitimized efforts to influence policy development with a combined argument for justice and efficiency”. Tinker, I. *The Making of*

In it, Boserup explored the gendered division of labor in relationship to agricultural production and the importance of women to subsistence production. These two facts became essential in understanding women's relevance in any development model.

The link between women and economic development has had competing perspectives. First, one which I will call liberal and was initially argued by Boserup, agrees with the basic premises of development understood as growth, but criticizes the fact that women have not been adequately included in development plans or agendas, in other words that they are not equal to men in the development agenda. The way to solve this problem would be to include policies geared towards women and to include quotas for women in terms of economic development public policies.

A second approach criticizes both the idea of development understood simply as growth and the idea that by including policies specifically targeting women the problem will be solved. What really affects women is the sexual division of labor which has marginalized them and forced them to limit their work to caretaking and subsistence production with little or no access to wages, resources or property. These two critiques are wonderfully expressed by Lourdes Beneria and Gita Sen in the following terms:

*Modernization is not a neutral process, but one that obeys the dictates of capitalist accumulation and profit making. Contrary to Boserup's implications the problem for women is not only the lack of the participation in the process as equal partners with men; it is a system that generates and intensifies inequalities, making use of existing gender hierarchies to place women in subordinate positions at each different level of interaction between class and gender. This is not to deny the possibility that capitalist development might break down certain social rigidities oppressive to women. But these liberating tendencies are accompanied by new forms of subordination.*⁶

a field: Advocates, practitioners and scholars. In: Visvanathan, T. N.; Dugan, L.; Nisonoff, L. and Wiegnerma L. (eds.). *The women gender and development reader* (1997). London. Zed Books.

6 Lourdes, B. & and Gita, S. Accumulation, Reproduction and Women's Role in economic development: Boserup Revisited. In:

These different perspectives influenced more contemporary debates about how women were incorporated into the neoliberal development agenda. In this sense, the feminist criticisms to neoliberalism have built upon the same themes described above. Liberal feminists call attention upon the difficulties faced by women to enter the market. Socialist feminists initially concentrated their analysis on the description of the negative effects that both privatization and the downsizing of the state had upon women. More recently socialist feminist have focused their efforts on highlighting the feminization of poverty by showing the exploitation of women in export led industries- the liberal version of including women in the economy. In the following paragraphs I will explain these perspectives in more detail.

Liberal feminists have criticized neoliberalism for not being liberal regarding women. For this group of academics, neoliberalism does not do enough to promote equality or to eliminate the conditions that make inequality possible. Their critique concentrates on stating the reasons why women can't enter the market in conditions equal to those of their male counterparts.

As a matter of fact, neoliberalism has been able to incorporate most of these critiques within its normative content. A result of this is that employment and political discrimination have been banned and legislation against domestic violence has been discussed in both international forums as well as in local legal and regulatory agendas.

On the other side of the political spectrum are socialist feminists who describe the negative effects of state reduction and privatization. According to this analysis, the state has historically employed more women than the private sector. Most of this research was advanced in former socialist countries in Eastern Europe, where work generated by the State was a way of giving real opportunities and equal treatment to women, beyond jobs traditionally occupied by women such as nursing and education, but also in technical areas, in the industrial as well as in the agricultural sector.⁷ As the state reduced its size and was

The Women, Gender and Development reader (p. 47-48). Op. Cit.

7 Meurs, M. , *Downwardly Mobile: Women in the Decollectivization of*

replaced by the market, women suffered higher rates of unemployment. In addition, not only did women lose their jobs, but there was a male backlash to retrieve their dominating role as main providers.⁸

Socialist feminists have also analyzed the types and quality of jobs generated by the export-led growth model. Flexibility, long hours, meager wages and the lack of job security are some of the main characteristics of the type of jobs generated with the promotion of free trade and exports. According to a range of studies these jobs are mostly female because women are considered more docile, are not members of unions and have natural talents for certain type of industries such as the production of flowers or garments for export.⁹

Within socialist feminism, there are other academics criticizing the dismantling of social policies, showing how this hits women harder. Their main argument is that when neoliberalism eliminates social assistance provided by the state, poverty increases and since women are on average poorer than men,¹⁰ neoliberalism ends up affecting them more.

2 The international path to consider violence against women as an economic harm

Including violence against women as an economic issue can't be understood if we don't take into account the way the debate has evolved in the international

arena. The last two decades have been characterized by the globalization of both neoliberal ideas and the protection of women's rights. In 1981, the efforts that had been made since 1945 to locate women's rights in the international agenda were finally realized at the Convention for the elimination of all sorts of discrimination against women (CEDAW).¹¹ In 1995, the issue of domestic violence as well as a strategy to attack it was specifically included in the Beijing Platform.¹² In 2001, the World Bank set forth the idea of gender equality as a condition for development.¹³

Parallel to this, violence against women has been a recurring theme of analysis since the 1970s.¹⁴ Initially, it was formulated exclusively as a problem that would be solved through criminal law. Therefore, between 1970 and 1990, the conceptualization of violence against women by many academics, activists and international institutions was directed towards the definition, prosecution and punishment of the crime.¹⁵ Then, during the 1990s, different international organizations participated in its identification as a public health problem and as a human rights issue.

The expansion of the concept also led to the detection of economic consequences associated with gender inequality and violence against women. The implications of such violence were then associated with economic growth. Taking this into account, the following part of the text presents an overview of how the problems related to the concept of violence against women shifted over time.

East European Agriculture en Visvanathan, T. N.; Dugan, L.; Nisonoff, L. and Wiegnerma L (eds.) *The Women, Gender and Development Reader* (1997, p. 333), Zen Books. Another article that deals with this topic is: Toni, M., *Social Policy and Gender in Eastern Europe* en Diane Sainsbury (ed.), *Gendering Welfare States* (1994, p. 188-206), SAGE Publications.

⁸ Goven., J. *Sexual Politics in Hungary: Autonomy and Antifeminism* en *Sexual Politics and the Public Sphere: Women in Eastern Europe after the Transition* (1992), Routledge.

⁹ Folbre, N.; Bergmann, B.; Agarwal, B.; Floro, M. (eds), *Issues in Contemporary Economics, Vol 4: Women's Work in the World Economy*, New York University Press, 1992.

¹⁰ Deere, C.; D.; Safa, H.; Antrobus, P. *Impact of the Economic Crisis on Poor Women and their Households*, en Visvanathan, T. N.; Dugan, L.; Nisonoff, L. and Wiegnerma L (eds.) *The Women, Gender and Development Reader* (1997, pp. 267-277), Zen Books, 1997.

McCluskey, M. *Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State* (783), Indiana Law Journal.

¹¹ United Nations, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (New York, 18 December 1979), available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>

¹² United Nations, *Report of the Fourth World Conference on Women* (Beijing, 4-15 July of 1995), 12, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

¹³ Kerry Rittich, "Engendering Development/Marketing Equality" (575), Albany Law Review.

¹⁴ Tjaden, P. "Defining and measuring violence against women: Background, issues, and recommendations" in Expert Grup Meeting, *Violence Against Women: A Statistical Overview, Challenges and Gaps in Data Collection and Methodology and Approaches for Overcoming Them* (Geneva: UN Division of the Advancement of Women and Economic Commission for Europe and the World Health Organization, 2005).

¹⁵ Johnson, H.; Ollus, N.; Nevala, S. *Violence Against Women. An International Perspective* (p. 3-4, 2008), New York: Springer.

2.1 1970s Feminism and the Criminalization of Violence Against Women

Although during the 1950s and 1960s the United Nations adopted some instruments to protect the political rights of women, it is in the 1970s that several organizations advanced research agendas and conferences that led to the incorporation of women's rights as well as to the understanding of the specific problems faced by women around the world.¹⁶

A prevalent problem that was identified was violence faced by women around the globe. According to some authors, feminists at the time were able to change the paradigm in the way violence against women was understood and confronted. Their struggle was to make it a part of the public policy agenda.¹⁷ In addition, an important effort was made in order to attack high levels of impunity around cases of violence against women. Public policy reform was mainly centered on criminal law in order to create specific crimes and strengthen the penalties for crimes such as rape, incest and partner violence.¹⁸

In 1972, the United Nations General Assembly proclaimed 1975 as the International Women's Year under the slogans of equality, development and peace. This led to the establishment of the 1975 World Conference of the International Women's Year.¹⁹ It was the first UN conference dedicated exclusively to women's issues. The issue of violence against women wasn't central, however, in some passages of the report, the

governments are called to prosecute expressions of violence such as forced prostitution.²⁰ One of the most valuable aspects of this conference was the fact that the United Nations Decade for Women was established and a series of objectives directed to examine the status and rights of women between 1976 and 1985²¹ were set.

In 1980, at the World Conference of the United Nations Decade for Women, the issue of violence against women was studied in greater depth. In this conference the United Nations suggested the creation of family courts to prevent and punish expressions of physical or psychological violence against women.²² Five years later, in 1985, the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women assessed the progress in relation to the goals set in 1975. At this conference, violence against women was recognized as one of the major obstacles to achieve the goals set in 1975; the United Nations urged countries to take preventive and legal measures to deal with such violence including offenses of various kinds.²³

As can be seen, this was a period of recognition and approach to the problems surrounding violence against women. Although the United Nations made an effort to make violence against women an important issue, there were no clear decisions on the subject and most of the objectives that were set forth had to do with identifying the components of the problem.

16 Johnson, H.; Ollus, N.; Nevala, S. *Violence Against Women. An International Perspective* (p. 3-4, 2008), New York: Springer

17 Susana T. Fried, "Violence Against Women" in *Health and Human Rights* 6 (2003, 89).

18 Tjaden, P. "Defining and measuring violence against women: Background, issues, and recommendations" in Expert Grup Meeting, *Violence Against Women: A Statistical Overview, Challenges and Gaps in Data Collection and Methodology and Approaches for Overcoming Them* (Geneva: UN Division of the Advancement of Women and Economic Commission for Europe and the World Health Organization, 2005).

19 General Assembly of the United Nations, *Resolution 3010 (XXVII)* (New York, 1972), available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/270/40/IMG/NR027040.pdf?OpenElement>; United Nations, *Report of the World Conference of the International Women's Year*, (Mexico City, 19 June- 2 July of 1975), 2-7, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf>

20 United Nations, *Report of the World Conference of the International Women's Year*, (Mexico City, 19 June- 2 July of 1975), 79-80, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf>

21 United Nations, *Report of the Fourth World Conference on Women* (Beijing, 4-15 July of 1995), 12, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

22 United Nations, *Report of the World Conference of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace* (Copenhagen, 14-30 July of 1980), 67-68, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Copenhagen/Copenhagen%20Full%20Optimized.pdf>

23 United Nations, *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace* (Nairobi, 15-26 July of 1985), 290, available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>

2.2 Broadening the Concept: Human Rights and Public Health Issues

The efforts made during the 1970s and 1980s were reflected in 1993, in the World Conference on Human Rights and in the Declaration on the Elimination of Violence Against Women. This moment is, according to different texts, the turning point in the recognition of women's rights and, particularly, in the expansion of the concept of violence against women.²⁴

One of the main concerns in the World Conference on Human Rights was the fact that there are various forms of discrimination and violence against women around the world.²⁵ This conference recognized that violence against women is a violation of human rights and, for this reason, urged the designation of a Special Rapporteur on violence against women:

*In particular, the World Conference on Human Rights stresses the importance of working towards the elimination of violence against women in public and private life, the elimination of all forms of sexual harassment, exploitation and trafficking in women, the elimination of gender bias in the administration of justice and the eradication of any conflicts which may arise between the rights of women and the harmful effects of certain traditional or customary practices, cultural prejudices and religious extremism.*²⁶

Taking this into account, it asked that the General Assembly adopt a draft declaration on violence against women and urged States to combat and reject this type of violence. Accordingly, all types of violations against the human rights of women require a particu-

larly effective response:

*(...) Treaty monitoring bodies should disseminate necessary information to enable women to make more effective use of existing implementation procedures in their pursuits of full and equal enjoyment of human rights and non-discrimination. New procedures should also be adopted to strengthen implementation of the commitment to women's equality and the human rights of women.*²⁷

In addition, the meeting welcomed the creation of an optional protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the decision of the Commission on Human Rights to consider the appointment of a special rapporteur on violence against women.²⁸

This conference was therefore a very important step in centering the idea that States needed to take steps in order to eradicate violence against women. On the one hand, it was emphasized that the elimination of such violence is a human rights obligation for States and on the other hand, it called for the integration of women's rights in all activities of the United Nations.²⁹ Moreover, this conference created the necessary basis for the development, also in 1993, of the Declaration on the Elimination of Violence Against Women.³⁰

This declaration explicitly addressed violence against women by establishing a framework for action at national and international level.³¹ It clearly defines what is meant by violence against women:

27 United Nations, *Report of the World Conference on Human Rights* (Vienna, 14-25 June of 1993), 37, available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/853/46/PDF/G9385346.pdf?OpenElement>

28 Ibid.

29 Chinkin, C. "Violence Against Women; The International Legal Response" in *Gender and Development* (1995, 26).

30 UN Women, *Global Norms and Standards: Ending Violence against Women*, available at: <http://www2.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/global-norms-and-standards>

31 Christine Chinkin, "Violence Against Women; The International Legal Response," *Gender and Development 3* (1995, 26) in UN Women, *Global Norms and Standards: Ending Violence against Women*, available at: <http://www2.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/global-norms-and-standards>

*For the purposes of this Declaration, the term “violence against women” means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.*³²

Furthermore, it is understood that this declaration broadens even more the concept of violence against women. Therefore in article 2, it defines different forms of violence against women including physical, sexual and psychological:

Violence against women shall be understood to encompass, but not be limited to, the following:

- a. Physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation and other traditional practices harmful to women, non-spousal violence and violence related to exploitation;*
- b. Physical, sexual and psychological violence occurring within the general community, including rape, sexual abuse, sexual harassment and intimidation at work, in educational institutions and elsewhere, trafficking in women and forced prostitution;*
- c. Physical, sexual and psychological violence perpetrated or condoned by the State, wherever it occurs.*³³

2.3 The Discussion About Public Health

As a consequence of the expansion that occurred in the 1990s and the recognition that violence against women is a clear threat against human rights, the world began to recognize that such violence is not only a criminal policy issue, but also it is a public

³² United Nations, *Declaration on the Elimination of Violence Against Women* (New York, 20 December 1993), Art. 1, available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>

³³ United Nations, *Declaration on the Elimination of Violence Against Women* (New York, 20 December 1993), Art. 2, available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>

health problem. Since it was established that violence against women should be addressed and confronted by various international organizations, the World Health Organization (WHO) presented a series of reports on the subject starting in 2002.

In that year, the *World Report on Violence and Health* was published. This document states that violence is a global health issue. The fourth chapter is devoted to analyzing intimate partner violence and victimization of women as a public health problem.³⁴

According to the WHO, violence against women has a serious impact on health. Women who are victims of violence in their homes not only can be seriously injured, but they are also more likely to develop, among other things, addiction, psychiatric diseases and reproductive health problems.³⁵ Repeatedly, the WHO explained that the fact that violence against women can be psychological causes a much more complex public health problem. As a matter of fact, psychiatric and psychological diseases derived from this type of violence have a greater complexity, as they are more difficult to cure than common physical wounds.³⁶ Therefore, the WHO calls in 2004 to prevent violence as a public health problem of great magnitude.³⁷

2.4 Violence Against Women, Productivity and Economic Growth

During the 90s, at the very moment in which violence against women was recognized as a human rights and public health issue, the world was in the midst of economic restructuring. The United Nations referred to the situation that women were living at the time. At the Fourth World Conference on Women held in Beijing, this organization warned about the difficul-

³⁴ World Health Organization, *World Report on Violence and Health* (Geneva, 2002, 89). Available at: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf

³⁵ World Health Organization, *World Report on violence and Health* (Geneva, 2002, p. 100-101). Available at: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf

³⁶ World Health Organization, *The Economic Dimensions of Interpersonal Violence* (Geneva, 2004, 23). Available at: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42944/1/9241591609.pdf>

³⁷ World Health Organization, *The Economic Dimensions of Interpersonal Violence* (Geneva, 2004, 23). Available at: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42944/1/9241591609.pdf>

ties that women were facing around the world. It explained that, at that moment, poverty was increasing and that women around the world were suffering the consequences of this rise of poverty. Therefore, it stated that women deserved special attention and highlighted that they had a special role in the struggle against poverty:

*(...) Women are key contributors to the economy and to combating poverty through both remunerated and unremunerated work at home, in the community and in the workplace. Growing numbers of women have achieved economic independence through gainful employment.*³⁸

Therefore, the UN mainstreamed the idea that women had an important role in the pursuit of economic growth and it was accepted that the empowerment of women was a decisive factor in the eradication of poverty.³⁹

Within this context, different articles began to emerge from the World Bank to link violence against women to economic implications. These articles were mostly centered around two ideas. First, demonstrating that at the micro level, gender violence lowers household income. Second, that at a social level, women are less involved in development processes because of the lack of economic empowerment that violence against them entails.⁴⁰

Beyond these statements and reports, given the expansion of the concept, when violence against women starts to be treated as a public health problem, it is recognized that the effects on health arising from violence against women generate different costs. It is argued that this type of violence produces costs for health systems and in addition there is a reduction in the productivity of working women who, in many cases, can't go to work or have to stop working as a

result of aggressions.⁴¹

2.5 The World Bank and the World Development Reports

Taking into account these efforts to link violence against women and economic growth, the World Bank, in two of its reports on global development, published positions in relation to the economic impact of violence against women. In a 1993 document, the World Bank recognized the progress in the literature to start considering that violence against women was a problem for global health. It presents violence against women as one of the health problems that must be faced in order to achieve development. Along with other documents of the United Nations, this report is the first to present the prevention of violence against women as a global need; prevention measures are highlighted as ones promoting development.⁴²

*Violence against women is widespread in all countries in which it has been studied. Although this has only recently been viewed as a public health issue, it is a significant cause of female morbidity and mortality, leading to psychological trauma and depression, injuries, sexually transmitted diseases, suicide, and murder [...] This is an issue with complex economic, cultural, and legal roots, and it is therefore not easily dealt with by public policies. Prevention will require a coordinated response on many fronts. In the short to medium term, the right measures include training health workers to recognize abuse, expanding treatment and counselling services, and enacting and enforcing laws against battering and rape. In the long term, much depends on changing cultural beliefs and attitudes toward violence against women.*⁴³

In 2014, the World Bank published a guide on violence against women. This document reiterates the eco-

38 United Nations, *Report of the Fourth World Conference on Women* (Beijing, 4-15 July of 1995, p. 10-11) available at: <http://beijing20.unwomen.org/~media/Field%20Office%20Beijing%20Plus/Attachments/BeijingDeclarationAndPlatformForAction-en.pdf>

39 United Nations Secretary General, *Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo*, (Washington, 2009, 6). Available at: <http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/5/38885/A6493E.pdf>

40 Heise, L.; Pitanguy, J.; Germain, A. *Violence Against Women*. (24), Washington: The World Bank.

41 World Health Organization, *World Report on Violence and Health* (Geneva, 2002, p. 102-103). Available at: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf

42 The World Bank, *World Development Report 1993. Investing in Health*. (New York: Oxford, 1993, p. 50-51). Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5976>

43 The World Bank, *World Development Report 1993. Investing in Health*. (New York: Oxford, 1993, p. 50-51). Available at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5976>

conomic implications of violence against women and raises the idea that eradicating violence against women boosts economic growth.⁴⁴ In addition, it suggests that “Violence against women has direct costs for enterprises due to its effects on personnel through absenteeism, turnover, layoffs, and reduced productivity during work hours, among other consequences.”⁴⁵

Finally, it is argued that the eradication of violence against women is connected to women’s possibility of accessing and controlling resources within a household: “A woman’s ability to access and control resources (especially economic assets), particularly within a household, can have a bearing on whether she is able to leave an abusive relationship.”⁴⁶ Accordingly, it identifies some of the economic benefits of attacking violence against women:

*Taking action to address gender inequality and prevent VAWG within finance and enterprise development activities is “smart economics”, since economically empowered women are major catalysts for development, usually investing in their family’s health, nutrition, and education.*⁴⁷

In the same year that this guide was published, another report of the World Bank also highlights the link between violence against women and losses on productivity:

[...] *constraining women’s agency by limiting what*

44 The World Bank, The Global Women’s Institute, IDB, in *Violence Against Women & Girls. Finance and Enterprise Development* (2015, 1). Available at: http://www.vawgresourceguide.org/sites/default/files/briefs/vawg_resource_guide_finance_and_enterprise_development_brief_april_2015.pdf

45 The World Bank, The Global Women’s Institute, IDB, *Violence Against Women & Girls. Finance and Enterprise Development* (2015, 1). Available at: http://www.vawgresourceguide.org/sites/default/files/briefs/vawg_resource_guide_finance_and_enterprise_development_brief_april_2015.pdf

46 The World Bank, The Global Women’s Institute, IDB, *Violence Against Women & Girls. Finance and Enterprise Development* (2015, 1). Available at: http://www.vawgresourceguide.org/sites/default/files/briefs/vawg_resource_guide_finance_and_enterprise_development_brief_april_2015.pdf

47 The World Bank, The Global Women’s Institute, IDB, *Violence Against Women & Girls. Finance and Enterprise Development* (2015, 2). Available at: http://www.vawgresourceguide.org/sites/default/files/briefs/vawg_resource_guide_finance_and_enterprise_development_brief_april_2015.pdf

*jobs they can perform or subjecting them to violence, for example, can create huge losses to productivity and income with broader adverse repercussions for development.*⁴⁸

Furthermore, violence against women costs are emphasized

*Beyond the human costs, violence incurs major economy wide costs. Those costs include expenditures on service provision, forgone income for women and their families, decreased productivity, and negative effects on human capital formation.*⁴⁹

As it can be seen, violence against women is a changing idea. The discussions on the elimination of such violence have shifted. These debates have evolved from an idea of criminal policy, to an issue of public health, and more recently to a topic of economic efficiency and market access. The changing terms of the conversation have influenced legal systems such as the Colombian one. Therefore, as I will explain in the following pages, many of the discussions found in organizations like the World Bank are taking place in the local administrative and regulatory regime.

3 The debate in Colombia

As I already mentioned, interestingly, the debate in Colombia has followed a similar path to the one found on the international level. Initially, it was an issue that responded to broader plights of women’s movements⁵⁰ as well as specific pleas to make it visible as a human rights violation⁵¹ and to include it as a

48 Klugman, J.; Hanmer, L.; Twigg, S.; Hasan, T.; McClearly, J.; Santamaria, J., *Voice and Agency. Empowering Women and Girls for Shared Prosperity* (2). Washington: The World Bank.

49 Klugman, J.; Hanmer, L.; Twigg, S.; Hasan, T.; McClearly, J.; Santamaria, J., *Voice and Agency. Empowering Women and Girls for Shared Prosperity* (p. 75-76), Washington: The World Bank.

50 Nieves, R., *Violencia de Género: un problema de derechos humanos, Serie Mujer y Desarrollo* 16. CEPAL, 1996.

51 “The Office of the Ombudsperson frankly alerted that the judicial authorities continue to consider the cases of gender violence ‘as simple conflicts within the home’, when it has been sufficiently established that these cases are human rights violations. The Court also reviewed international jurisprudence in these cases and Colombian laws that intend to stop, once and for all, this silent violence,” (Translated by the author). Cano, M. J. M.; Palma, J. D. L. “La tutela que puso a la Corte a hablar sobre la violencia económica en

crime that has to always be punished with jail time.⁵² Later, it was addressed as a public health issue⁵³ or as a problem of economic efficiency.⁵⁴

In this part of the text I will lay out how these different ways of understanding domestic violence have permeated the Colombian legal system, judicial interpretation, as well as the policy and institutional design landscape. There are many laws, judicial opinions, regulations and institutions aimed at attacking the problem, but nevertheless it is far from being solved.

3.1 Initial stages

An interesting starting point that links with the second part of this article is the fact that Colombia signed a range of international treaties geared toward women's protection and invited countries to change laws and institutions in order to protect women's rights. As a consequence, the Colombian Constitutional Court has stated in many of its rulings that women's rights are human rights.⁵⁵ Specific laws intended to

deal with the issue of violence against women are: legislation set in place to eliminate violence and discrimination;⁵⁶ to promote equality and inclusion;⁵⁷

tual rigor, this agreement is unnecessary, because the woman is a person, and the rights of individuals are already established and protected, both by human rights treaties and by the Constitution. But, unfortunately, in practice, violence and discrimination against women are widespread; they are an exercise of power derived largely from the unequal relations that subsist between women and men. Therefore, the Court considers that [...] this legal instrument has great importance in the international and Colombian social context as various forms of violence affect the dignity, life and integrity of women in many different ways", *Sentencia C-408/96*, Colombian Constitutional Court (1996) accessed from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-408-96.htm>

56 See for example: Law 51 of 1981, "Through which the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, adopted by the United Nations General Assembly on December 18 of 1979 and signed in Copenhagen on July 17 of 1980, was approved"; Decree 1398 of 1990, "Through which Law 51 of 1981 that approves the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination against Women, is developed"; Law 348 of 1995, "Through which the International Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, signed in the city of Belem Do Para, Brazil, on June 9, 1994, is approved"; Law 294 of 1996, "Which establishes norms to prevent, remedy and punish domestic violence, penalizing sexual violence between spouses and partners."; Law 679 of 2001, "which issues a statute to prevent and counter exploitation, pornography and sexual tourism involving children, in implementation of Article 44 of the Constitution"; Law 882 of 2004, "Through which Article 228 of Law 599 of 2000 is amended; Decree 4685 of 20007, "Which promulgates the 'Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women' adopted by the General Assembly of the United Nations on October six of 1999"; Law 1257 of 2008, "Which establishes norms of awareness, prevention and punishment of forms of violence and discrimination against women, it amend the Criminal Code, the Criminal Procedure Code, and Law 294 of 1996"; Law 1542 of 2012, "Which establishes rules of awareness, prevention and punishment of forms of violence and discrimination against women, it amends the Criminal Code and the Criminal Procedure Code"; Law 1639 of 2013, "Which strengthens the protective measures to the integrity of victims of acid attacks, and adds Article 113 to Law 599 of 2000"; Law 1719 of 2014, "By which measures are adopted to ensure access to justice for victims of sexual violence, especially sexual violence during the armed conflict"; Law 1761 of 2015, "which creates the crime of femicide as an autonomous crime".

57 Law 28 of 1932, "On civil reforms" Free administration of property by women; Law 581 of 2000 "Which regulates the adequate and effective participation of women at decision-making levels of the various branches and organs of public power, in accordance with Articles 13, 40 and 43 of the Constitution"; Law 731 of 2002, "Which establishes actions to improve the living conditions of rural women and their affiliation to the General System of Professional Risks in addition to its inclusion in formation processes and in processes of social, economical and political participation; Law 755 of 2002, "Which grants paternity leave benefit to the father of the

el estrato seis," *El Espectador* (March 9, 2016), accessed March 16 of 2016, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/violencia-economica-una-tragedia-de-pocos-hablan-articulo-622584-0>

52 "We invite women who have been mistreated or who believe that their rights can be violated, to denounce these cases, because domestic violence is a serious crime that must be punished," (Translated by the author). "Cada día 18 mujeres son víctimas de maltrato", *El Tiempo* (November 26, 2016), accessed March 16 of 2016, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4989781>

53 "Violencia de género: un problema de salud pública," *El Espectador* (November, 23, 2014), accessed March 16 of 2016, <http://www.elespectador.com/noticias/salud/violencia-de-genero-un-problema-de-salud-publica-articulo-529167>

54 "From the economic point of view, violence against women in Colombia impacts negatively on income, labor participation, health and education of the affected. According to a study presented in 2008, supported by the Fonade, about the social and economic costs of domestic violence, this phenomenon can cost the country 4% of the national GDP per year.

The amount is understandable if it is considered that 37.4% of Colombian women who have lived with a man, have been physically assaulted by their couple; 39.2% of these women considered that their productivity declined for this reason. The International Labour Organization (ILO) estimates that labor losses caused by stress and violence, represent between 1% and 3.5% of the GDP," (Translated by the author). "Violencia contra la mujer cuesta el 4% del PIB nacional," *El Herald*, April 3, 2014, accessed March 16, 2016, <http://www.elheraldo.co/economia/violencia-contra-la-mujer-cuesta-el-4-del-pib-nacional-149163>

55 "In fact, some might consider that, in strictly logical and concep-

to create institutions to take care of its victims;⁵⁸ and to design everything that is necessary for their inclusion as economic actors.⁵⁹

As has been stated in this article, there have been competing views about what is at the root of violence against women and how to eradicate it. Each one of the perspectives entails blind spots. However, the fact that in recent years it has been argued more in terms of efficiency and women's difficulty to enter the market has limited greatly the ways of dealing with the issue, and leaves a narrow understanding the harm it entails. An example of this recent trend is clearly argued in congressional debates preceding a law to eradicate violence against women:

In Colombia one out of 3 women has been physically assaulted by their partner or former partner. 76% of them didn't go to any institution to denounce this violence; 6% reported that they were forced to have sexual relations. 66% of them narrated how their husbands or partners controlled them in some way according to the National Survey on Demography and Health 2010.

A study advanced by the National Planning Department,

child, so that he can provide care and protection even if he is not the husband or life partner of the mother"; Agreement 091 of 2003, "Through which the equal opportunities plan is adopted for gender equity in the Capital District"; Law 823 of 2003, "which rules on equal opportunities for women; Agreement 381 of 2009, "Through which the use of inclusive language is promoted"; Law 1448 of 2011, Art 114-118, "Which establishes measures of attention, assistance and integral reparation to victims of the internal armed conflict"; Law 1468 of 2011, "By which Articles 236, 239, 57, 58 of the Labor Code are amended"; Law 1496 of 2011, "By which equal pay and labor retribution are granted through the establishment of mechanisms to eradicate all forms of discrimination."

58 Decree 2200 of 1999, "Which establishes norms for the operation of the Presidential Council for Women Equity of the Administrative Department of the Presidency of the Republic"; Law 1009 of 2006, "Through which the permanent Observatory of Gender is created"; Decree 164 of 2010, "Through which an intersectorial commission, the 'Inter-Agency Committee to End Violence Against Women', is created"; Agreement 490 of 2012, "Through which the Administrative Sector of Women and the District Secretary for Women are created"; Decree 001 of 2013, "By which the organizational structure and functions of the Secretary for Women are established".

59 See Law 1413 of 2010, "Which regulates the inclusion of the care economy in the system of national accounts in order to measure the contribution of women to the economic and social development of the country, and to define and implement public policies. "

ment, the IDB and Los Andes University stated that the loss in income for women as a consequence of domestic violence correspond to 2.2 of the nation's GDP and it is estimated that the annual costs of domestic violence could reach 4% of the nation's GDP.⁶⁰

3.2 Violence against women as a crime: the problems of putting all your eggs in the criminal law basket

The turn to criminal law has been a prevalent trend in regulating the issue. Its basic aim has been to include as many criminal conducts as possible, increase the punishment and make them crimes for which avoiding prison time is impossible. This position is clearly stated in the following statement provided by women in Congress supporting a law discussed in 2011.

What matters is that society doesn't tolerate domestic violence. What we want is that, no matter who the perpetrator is, any citizen can denounce it so that a criminal process can be set in place against the accused one.⁶¹

In addition to increasing punishment, the fact that any citizen can set forth the investigation for the crime of domestic violence has been an important characteristic in its regulation. This trend is established in order to break with the separation between the public and the private, a feminist liberal mantra in the United States for many years. The following quote is an extraordinary example of this quest:

Only 51% of the Colombian population thinks that if a man assaults his wife people outside the family circle should intervene, a big percentage of the population thinks that it is a private matter.⁶²

60 Bill 107 of 2003, Senate, *Exposición de motivos*. Gaceta del Congreso 1045 de 2013. This bill cites the research report: *Violencia en las familias Colombianas, costos socioeconómicos, causas y efectos*, Departamento Nacional de Planeación, Banco Interamericano de Desarrollo and Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico CEDE, Universidad de los Andes, Bogotá: 2004.

61 "Bancada femenina presenta Ley anti-bolillo en el Senado", *El Espectador* (November 9, 2011), accessed March 5, 2016, <http://www.elespectador.com/noticias/politica/bancada-femenina-presenta-ley-anti-bolillo-el-senado-articulo-310395>.

62 Debate of Law 1542 of 2012, *Gaceta del Congreso de la República No. 149 de 2012* (11).

In a parallel form, the criminalization trend has been accompanied with the human rights dimension. Therefore, the issue of violence against women becomes a problem of discrimination, equality and not abiding to international treaties:

*It is important to remind our honorable Senator that women have the right to a life free of violence and discrimination, protected by the Belém de Pará Convention and that family interests do not come above women's rights as it used to be.*⁶³

At the end, even though discussions about human rights and international treaties are presented, the local developments are centered on criminal law.

Many laws are defended according to the rising number of crimes and to the possible time of punishment. An example would be the defense of Law 1257 of 2008, which had, exactly, these characteristics:

- // It included sexual harassment in the workplace, in social environments or in the family as a crime;
- // It increased punishment for homicide when it is done to a woman for the fact of being a woman;
- // It included kidnapping within the household;
- // It included any mobility restriction to family member as a form of abuse and it broadened the concept of family group to include spouses, partners, parents, grandparents, children, adopted children and anyone included within the household.⁶⁴

3.3 Violence against women as a public health issue: broadening the scope

Violence against women as understood as a public health issue that must be dealt with directly by the state, has also been a part of our national discussions. The National Health Ministry has adopted regulations in line with what the World Health Organization has set forth and has argued why it is necessary in Colombia. This argument states that violence against women is a public health problem for two main reasons. On the one hand, it affects the wellbeing and physical health of victims, their families and

society as a whole. On the other hand, it affects an important number of people: mainly girls, boys, teenagers, young as well as grown women. This argument underlines the fact that that violence against women is a social and public issue and not only an individual, private, psychological problem. Rather it is a cultural and social problem that requires broader policies.⁶⁵

As a consequence, the National Council on Social Security set forth a regulation (acuerdo 117 de 1997) which is framed within this perspective:⁶⁶

3.4 Violence against women as an efficiency issue

In debates in Congress the reference to the lack of economic efficiency is normally related to the fact that violence prevents women from entering the labor market or once in it, forces them to exit. This of course brings consequences in terms of dependency to the state:

*In relation to the question about who will support the families when the perpetrator goes to jail, we would like to remind you that if what is set up in law 1257 of 2008 and reiterated by the Constitutional Court in ruling C-776 of 2010, women would have the necessary subsistence conditions to survive with their children. No doing this would mean that perpetrators could not go to jail and as a consequence women would have to bear with aggression if they lack economic resources. In that same ruling, the Constitutional Court said that violence against women is a national problem and because of this it is the state should guarantee food and shelter for victims.*⁶⁷

Further along in Congressional debates, the benefits for economic development are laid out:

Respect for human dignity, equality and non-dis-

63 Ibid.

64 Ibid.

65 Maira, O.; Luz Janeth, F (Ministerio de Salud e Instituto Nacional de Salud), *Protocolo de vigilancia en salud pública: violencia de género* (2015, 6).

66 Which establishes the mandatory development of activities, procedures and interventions of induced demand and the attention to diseases of public health interest.

67 Debate of Law 1542 of 2012, *Gaceta del Congreso de la República No. 149 de 2012* (10).

*crimination are constitutional principles that are guaranteed through women's rights. Recent studies have demonstrated that gender equality brings economic and benefits as it raises productivity and efficiency. Therefore, protecting them is essential for the construction of a society that is inclusive, equal, prosperous and democratic.*⁶⁸

In recent years, gender equality as well as violence against women has become a relevant topic for the National Planning Department (DNP) and has specifically been included in public policy for some time now. DNP is an administrative agency that belongs to the executive branch of the government. It depends administratively on the President's office. It is responsible of directing and coordinating different aspects of the government's public policy design. The DNP, an entity that according to its own definition promotes the implementation of a strategic vision of the country in social, economic and environmental fields, through the design, orientation and evaluation of the Colombian public policy.⁶⁹ One of the main functions of the DNP is the design, socialization, evaluation and monitoring of the *National Development Plan*. This development plan is directed to lay the basis and provide a guideline for new public policies⁷⁰.

In addition, there is the National Council for Economic and Social Policy in charge of setting forth public policy through documents that are called CONPES. In the past 10 years these documents have addressed the issue of violence against women and its relationship to economic development in several occasions. The reference to World Bank documents summarized above is evident:

It is important to reiterate that even though the relevance of the gender issue is related to the protection of fundamental rights, it is also related to

*the economic development arena because making gender equality transversal to public policy creates intelligent economies characterized by improvements in efficiency, productivity increase and greater growth for future generations as well as the strengthening of representative institutions.*⁷¹

3.5 Competing views and fragmentation: the universe of laws and institutions geared towards preventing and ending violence against women

In this section, I will present a landscape of a range of laws, institutions and regulations that have been set forth in order to attack violence against women. I will start with the existing laws. Then public policy documents as well as the participation of other institutions. As this section shows, there are range of laws, institutions and regulations that nevertheless haven't been able to solve the issue.

Law 294 of 1996, "Which establishes norms to prevent, remedy and punish domestic violence, penalizing sexual violence between spouses and partners":

Law 294 of 1996⁷² pursues the harmony and unity of families in Colombia, it seeks to prevent, correct and punish all forms of violence that threatens them. This law was controversial because it considered sexual violence between spouses as a less serious crime than the generic sexual violence crime included in the Colombian Criminal Code (Art. 25). The Colombian Constitutional Court declared this article as unconstitutional arguing that this distinction violated the equality clause.⁷³

Law 882 of 2004, "Through which Article 228 of Law 599 of 2000 is amended": Law 882 of 2004, popularly known as the law of the black eyes⁷⁴, increased

⁷¹ The original text cites this report: World Bank. World Development Report 2012: Gender Equality and Development. 2011 The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank; Washington DC. Cfr. Consejo Nacional de Política Social y Económica, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES Social 161 (17).

⁷² Regulated by Decree 652 of 2001.

⁷³ Corte Constitucional Colombiana, ruling C-285 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁴ "According to Profamilia 78 percent of women don't denounce because they think that it isn't serious enough, that they can manage on their own or that they deserved punishment. For this

⁶⁸ Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013).

⁶⁹ "Acerca de la Entidad," *Departamento Nacional de Planeación*, accessed April 5, 2016, <https://www.dnp.gov.co/DNP/Paginas/acerca-de-la-entidad.aspx>

⁷⁰ "Qué es el Plan Nacional de Desarrollo" *Departamento Nacional de Planeación*, accessed April 5, 2016, <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

penalties for the crime of domestic violence in the Colombian Criminal Code. Likewise, it included, as an aggravating circumstance, the offense committed against a child, a woman or a person over 65 years, making explicit that these are the most frequent victims of this type of behavior.

Law 1257 of 2008, “Which establishes norms of awareness, prevention and punishment of forms of violence and discrimination against women, it amend the Criminal Code, the Criminal Procedure Code, and Law 294 of 1996”: Law 1257 of 2008⁷⁵ was created especially for women. It had the intention of granting a life free of all forms of violence suffered by women in public and private spheres.⁷⁶ It tried to find mechanisms that would enable women to exercise their rights (recognized in the Colombian law and in the international order), as well as to facilitate access to judicial and administrative mechanisms for their protection.

This law calls upon state authorities to recognize the social and biological differences in the public policies that they set forth. In this sense, it highlights the duty of territorial entities to increase awareness and prevention of gender-based violence. It includes new mechanisms to confront violence against women outside of their homes and guarantees attention for women by the social security system in health, including hotel services, transportation or monthly cash grants, as well as psychological and psychiatric attention. The law also states that the relevant authorities, including judges and Family Commissioners, can give the victims preferential access to technical or higher education, curricular activities, internships, or re-entry into the school system for underage women.

Finally, it includes incentives for employers that hire workers who have been victims of such violence. It gives these employers the possibility to deduct from income up to 200% of the value of wages and benefits

paid during the taxable year. It also creates the offense of sexual harassment to punish those who use their superiority or authority to harass or persecute a person with sexual purposes and establishes a series of aggravating circumstances for various crimes when committed against women.

Law 1542 of 2012, “Which establishes rules of awareness, prevention and punishment of forms of violence and discrimination against women, it amends the Criminal Code and the Criminal Procedure Code”: This law eliminates the possibility of withdrawing the complaints related with domestic violence, as a way to meet national and international obligations of guaranteeing women a life free of violence.

Law 1719 of 2014, “By which measures are adopted to ensure access to justice for victims of sexual violence, especially sexual violence during the armed conflict”; and **Law 1761 of 2015, “which creates the crime of femicide as an autonomous crime”:** These two laws aim to guarantee the right of access to justice for victims of sexual violence in the context of the Colombian armed conflict. It includes aggravating circumstances and tougher sentences for traditional sexual offenses if they are committed in the context of the Colombian armed conflict.

Law 1761 of 2015, “which creates the crime of femicide as an autonomous crime”: Known as the Rosa Elvira Cely Law⁷⁷, it created the crime of “femicide” to punish with imprisonment those who killed a woman only for the fact of being a woman.

In addition to these laws, there is also a universe of administrative regulations. In the following paragraphs I will provide some examples of such regulatory measures.

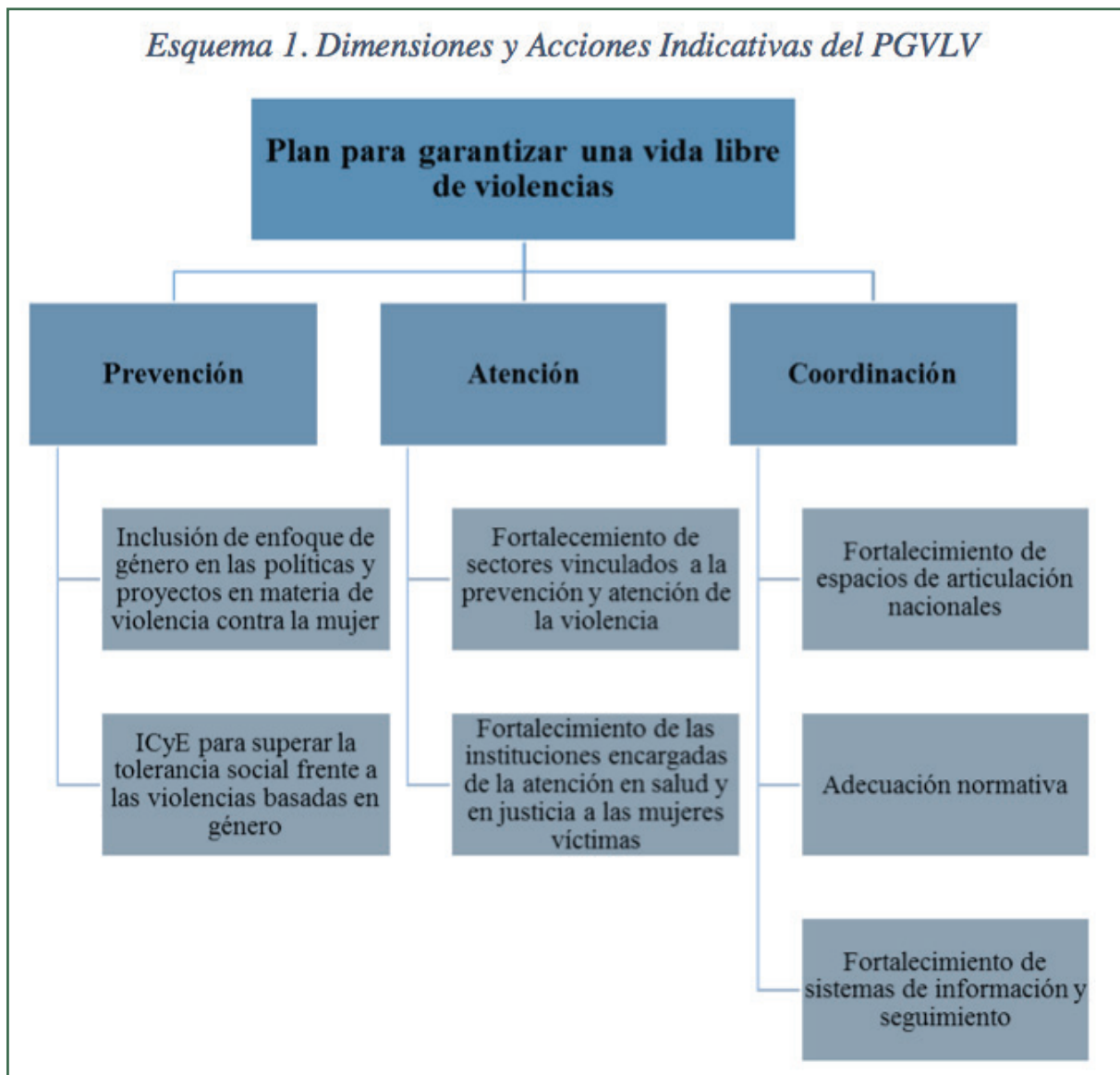
The National Planning Agency DNP, has been very active in designing public policy regarding this issue.

reason the law was presented by Senator Carlos Moreno de Caro. For more see: ‘La ley de los ojos morados, *El Tiempo*, septiembre 13 de 2003, consultada en abril 11 de 2016, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1036442>

⁷⁵ Regulated by decrees 4463, 4796, 4798 y 4799 de 2011.

⁷⁶ Previous laws in this matter focused exclusively on the private sphere.

⁷⁷ Rosa Elvira Cely was a woman who was cruelly murdered in circumstances that were condemned by Colombian citizens. Her story was what motivated this law. “Aprobada ley Rosa Elvira Cely que castiga hasta con 50 años los feminicidios”, *El Espectador*, junio 2 de 2015, consultada en abril 11 de 2016, <http://www.elespectador.com/noticias/politica/aprobada-ley-rosa-elvira-cely-castiga-hasta-50-anos-los-articulo-564105>



Fuente: DNP, Tercer informe de seguimiento al CONPES Social 161, noviembre de 2014

The most recent and important document is CONPES document 161. In it, the main characteristics of the government's strategy to achieve gender equality for women in Colombia are established. The text specifically includes an integrated plan to guarantee women a life free of violence. It highlights that Colombia has advanced significantly in the recognition of violence against women and gender-based violence. Regarding this progress, it reiterates the importance of Law 1257 of 2008,⁷⁸ which not only defines violence against

women but also raises alternatives to face it.⁷⁹

Nevertheless, the document also explains that violence against women is still a major problem that needs a better answer in order to offer improved attention for the victims and to ensure effective prosecution of perpetrators. One of the biggest concerns has to do with social tolerance of violence against women. According to this public policy, in Colombia it is still common to find attitudes and practices that facilitate violence against women and even justify it. Many women are

⁷⁸ This law includes norms of awareness, prevention and punishment of forms of violence and discrimination against women are held, and modifies the Criminal Code, the Criminal Procedure, and Law 294 of 1996.

⁷⁹ Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 33-34).

unaware of the rights and laws that protect them.⁸⁰

In addition, institutional information systems to document cases of violence against women are not integrated among them and as a consequence information cannot be compared and reliable databases cannot be created.⁸¹ The document describes a range of weaknesses that Colombian institutions have when dealing with the issue. For example, in the health sector there are shortcomings when providing psychological assistance to victims. There are also problems related to access to justice and the effective defense of their rights.⁸² Finally, according to the text, Colombia needs to recognize other types of gender-based violence such as economic violence and sexual harassment.⁸³

The document includes three different areas of work: a) prevention; b) attention to victims; c) coordination. The following chart summarizes this.

Ministry of Justice and Law

Within the framework of the strategy drawn by the CONPES 161, the Ministry of Justice and Law has participated in a series of initiatives to address violence against women. These initiatives are:

Resolution 163 of 2013	Through Resolution 163 of 2013, the Ministry approved a technical guideline for the Family Commissions and other administrative authorities with judicial functions on skills, procedures and actions related to care for victims of gender-based violence.
Resolution 1895 of 2013	Through Resolution 1895 of 2013, resources for financing care measures for women victims of violence were assigned.

80 Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 36).

81 Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 37).

82 Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 38-40).

83 Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 40).

Law 1719 of 2014	Through Law 1719 of 2014, measures were adopted to ensure access to justice for victims of sexual violence, especially sexual violence during armed conflict.
------------------	---

ICBF

The ICBF is the Colombian Institute of Family Welfare. This institute was created in 1968 and works for the protection of the early infancy, childhood, adolescence and the wellbeing of families in Colombia. This institute provides several care services to children, teenagers and families.⁸⁴ Based on the strategy drawn by the CONPES document summarized above, the ICBF also participated in the creation of the guideline approved through Resolution 163 of 2013. Moreover, in relation to the confrontation of violence against women, the ICBF has focused on creating technical guidelines and programs to protect families from this type of violence. Some of these programs are:

Institutional plan 2015-2018	This document includes the objectives of the ICBF for this period of time. In this plan, one of the main problems highlighted is violence in different forms. One of the strategies to confront violence is to strengthen the Generations Welfare Program, aimed at complementing the educational process of children and teenagers. Likewise, this plan also recognizes the need of improvement of the attention given to young girls who have been victims of sexual violence. ⁸⁵ This plan acknowledges the necessity of confronting domestic violence and gender-based violence, but it only explains that innovative strategies are necessary in order to intervene in families that suffer domestic violence. ⁸⁶
Families With Welfare	This is one of the programs directed to give a better attention to families in Colombia. This program includes an operating manual for institutions in charge of assisting families within the national territory. ⁸⁷

84 "Qué es el ICBF," *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, accessed April 6, 2016, <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>

85 Plan Indicativo Institucional 2015-2018 (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2015, p. 28-29).

Technical guideline of specialized care for teens and women over 18 years old, pregnant or nursing with unobserved, threatened or violated rights.	This guideline includes several strategies to address the vulnerability of pregnant teenagers and women. This guide suggests special attention to pregnant teenagers since this population is much more vulnerable to violence. The guide establishes some instructions in order to recognize pregnant women or teenagers who are suffering any kind of violence. ⁸⁸
--	---

Ministerio de Salud y Protección Social (MSYPS) - Instituto Nacional de Salud (INS)

*Women cannot contribute fully to their work or their creative ideas if they are overwhelmed by the physical and psychological wounds of abuse.*⁸⁹

As was briefly described previously, the public policy of the Ministry of Health and Social Protection, and the National Institute of Health⁹⁰ has been aimed at preventing, addressing, documenting and mitigating sexual violence, domestic violence and any other form of violence against women.⁹¹ Since 1997, the Agreement 117, issued by the National Council of Health and Social Security, established in Article 7⁹² that the child and the abused woman would be subject to appropriate attention and monitoring, with

86 Plan Indicativo Institucional 2015-2018 (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2015, p. 62-63).

87 Modalidad Familias con Bienestar (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2015, p. 35).

88 Lineamiento técnico del programa especializado para la atención a adolescentes y mujeres mayores de 18 años, gestantes o en periodo de lactancia, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2016, p. 44-48).

89 Frase del Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer citada por: Ministerio de Salud, *Guía de la Mujer Maltratada*, 2000, consultada abril 6 de 2016, http://esecarmenemiliaospina.gov.co/2015/images/calidad/mapa3/5%20Intervencion%20Comunitaria/2%20Subprocesos/1%20Deteccion%20Temprana%20y%20Proteccion%20Especifica/3%20Guias/EIC-S1G30-V1Atencion_Mujer_Maltratada.pdf

90 Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

91 En desarrollo de la ley 1257 de 2008, el Ministerio de la Protección Social estableció en 2013 asignación de recursos económicos para materializar en el territorio las diferentes líneas de acción. Ver: Decreto 1792 de 2012 y Resolución 1895 de 2013.

92 Por el cual se establece el obligatorio cumplimiento de las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y la atención de enfermedades de interés en salud pública.

the objective of controlling and reducing abuse, understood as a matter of public health.⁹³

Law 1257 of 2008 included the Ministry of Health and Social Protection as in charge of: developing or updating protocols and guidelines published by health institutions in relation to cases of violence against women; regulating the Mandatory Health Plan (POS) to include the special attention for victims of this type of violence; including in national and territorial health plans a section of integral prevention and intervention in cases of violence against women; promoting protection for decisions of women exercising their sexual and reproductive rights; and, similarly, cooperating so that the National Health Plan allocated resources to prevent violence against women as a component of public health.⁹⁴ Additionally, the CONPES SOCIAL 161 (Gender Equality for Women) mentioned above includes, as a recommendation for the Ministry of Health and Social Protection should coordinate the actions envisioned in the Ten-Year Public Health Plan and incorporate the differential approach and recognition of violence against women as a public health problem.⁹⁵

The following chart provides a summary of the relevant documents:

<i>Acuerdo Agreement 117 of 1997 (National Health Council)</i>	Points out, for first time, diseases and situations of public health interest as the mistreatment of women and children.
<i>CONPES SOCIAL 161, Gender Equity for Women.</i>	Suggests that the Ministry of Health and Social Protection should adopt measures to face and mitigate violence against women, understood as a public health problem.
<i>Ten-Year Health Plan (2012-2021)</i>	Greater equity in health and sustainable human development, and help to build human capital and diminish the infringement of social norms.

93 *Protocolo de vigilancia en salud pública violencia contra la mujer, intrafamiliar y sexual*, junio 11 de 2014, p. 2, consultado abril 6 de 2016, http://calisaludable.cali.gov.co/saludPublica/2015_Vig_Viol_Consumo/PRO%20Violencia%20contra%20la%20mujer%20VF%20VSX%202015.pdf.

94 Ley 1257 de 2008, art. 13.

95 Documento CONPES SOCIAL 161, *Equidad de Género para las Mujeres* (Consejo Nacional de Política Social y Económica, and Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 52).

4 Conclusions

It is undeniable that feminists have contributed greatly to improving the distribution of resources in favor of women in the global and Colombian context in the past few years. Therefore, the work of feminists has been instrumental in the passing of legislation focused on problems such as domestic violence, sexual harassment, sexual abuse and rape, as well as the banning of discrimination in employment and politics.

A first conclusion that can be drawn from this article is that the problems of violence and discrimination against women are not a consequence of a lack of regulation or institutions. If there is something that the last part of the text shows is that there is a universe of laws, regulations and institutions set forth in order to address the issue.

A second conclusion, and this is the main point of this text, is that it is important to understand how different visions of what the problem is will limit or broaden the ways to attack the problem. In this sense, the discussion about how to attack violence against women shows competing visions of how to define the problem and as a consequence how to confront it. Seeing the problem as one of individual discrimination, or as a deficiency of the local legislation not adapting to international treaties, limits greatly the legal design and democratic debate in terms of who should be responsible for it, who should be punished for it and what are the duties of public officials when addressing the issue. As the Colombian example demonstrates, interpreting violence against women as a criminal issue or lacking legislation attuned with the international shies away from addressing the macro dimensions of it. In this same line of reasoning, understanding the problem as one that prevents women from accessing the market and contributing to economic development will also entail a very narrow understanding of what is at stake.

Both of these positions create a set of blind spots which avoid seeing the structural dimensions of the problem. The public health perspective: understanding violence against women as social issue that should be dealt with by the state provides a broader understanding of the problem, but still interprets it as

a situation that must be understood in medical terms.

The picture presented in this text calls for a discussion about broader economic reparations for women beyond providing for temporary shelter or dealing with the health related dimensions of the crime. In discussing economic reparations, it would be important to link the idea that women's unequal access to resources determines their power within and outside the household. Therefore, a future project would be to link the issue of domestic violence to broader issues of resource distribution across gender lines. In this sense, I propose a different analysis that moves away from the individual understanding that criminal law and economic efficiency and instead to bring in thorough, detailed and historical description of all existing social policies that deal with the issue as this article starts to lay out. The objective of this would be to highlight the fragmentation and indeterminacy that characterizes attacking the problem. A second objective would be to analyze the ways in which criminal and public health policies relate to policies aimed at improving women's access to public and private resources in order to see if these policies compliment themselves or are seen as completely autonomous. And finally, the ways in which public health and criminal policies interact with private arrangements, meaning both family law and cultural understandings of family dynamics and what is understood as the private sphere.

////////////////////////////////////

5 References

- Chinkin, C. (1995) "Violence Against Women; The International Legal Response" In *Gender and Development*, 26.
- Deere, C.; D.; Safa, H.; Antrobus, P. (1997). Impact of the Economic Crisis on Poor Women and their Households, In Visvanathan, T. N.; Dugan, L.; Nisonoff; L. and Wiegnerma L (eds.) *The Women, Gender and Development Reader*, 267-277. Zen Books.
- Folbre, N.; Bergmann, B.; Agarwal, B.; Floro, M. (1992). Issues in Contemporary Economics, *Women's Work in the World Economy*, 4, New York University Press.
- Goven., J. (1992). Sexual Politics in Hungary: Autonomy and Antifeminism. In *Sexual Politics and the Public Sphere: Women in Eastern Europe after the Transition*. Routledge.
- Heise, L.; Pitanguy, J.; Germain, A. Violence Against Women. (24), Washington: The World Bank.
- Johnson, H.; Ollus, N.; Nevala, S. (2008). *Violence Against Women. An International Perspective*. New York: Springer.
- Rittich, K. "Engendering Development/Marketing Equality". In *Albany Law Review*, 575.
- Klugman, J.; Hanmer, L.; Twigg, S.; Hasan, T.; McCleary, J.; Santamaria, J., Voice and Agency. *Empowering Women and Girls for Shared Prosperity*, (2). Washington: The World Bank .
- McCluskey, M. Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State. In *Indiana Law Journal*, (783).
- Meurs, M. (1997). Downwardly Mobile: Women in the Decollectivization of East European Agriculture. In Visvanathan, T. N.; Dugan, L.; Nisonoff; L. and Wiegnerma L (eds.) *The Women, Gender and Development Reader*, Zen Books.
- Nieves, R. (1996). Violencia de Género: un problema de derechos humanos, *Serie Mujer y Desarrollo* 16. CEPAL.
- Secretario General de las Naciones Unidas (1998). *Integrating the genre perspective into the work of United Nations human rights treaty bodies*. Nueva York, Section II. Available at: <http://www.un.org/womenwatch/daw/news/integrating.htm>.
- Fried, S. T. (2003). "Violence Against Women", In *Health and Human Rights* 6(89).
- Tjaden, P. (2005). "Defining and measuring violence against women: Background, issues, and recommendations" In *Expert Grup Meeting, violence Against Women: A Statistical Overview, Challenges and Gaps in Data Collection and Methodology and Approaches for Overcoming Them*.
- Toni, M. (1994). Social Policy and Gender in Eastern Europe. In D. Sainsbury (ed.), *Gendering Welfare States*, 188-206, SAGE Publications.

UMA PERSPECTIVA COMPARADA DA TEORIA DO DOMÍNIO

PRESIDENCIAL: a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil¹ // *Mariana Mota Prado*²

Palavras-chave

transplantes legais / dominância do congresso / dominância presidencial / agências regulatórias independentes / teoria do agente principal / ARI

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Transplantando Agências Reguladoras Independentes (ARIs) para o Brasil**
- 2 Entendendo delegação: a teoria do principal-agente**
- 3 A teoria do domínio congressional**
- 4 Uma nova proposta: a teoria do domínio presidencial**
- 5 Conclusões**
- 6 Referências**

Resumo

Agências regulatórias ao redor do mundo, como outras instituições transplantadas, podem parecer bem similares se forem analisadas somente no que diz respeito ao seu desenho institucional. Todavia, há diferenças consideráveis em como tais instituições operam na prática. Este artigo relata algumas dessas diferenças no contexto brasileiro. As reformas institucionais que foram realizadas no Brasil durante a metade dos anos 1990 criaram agências regulatórias independentes (ARIs) com características institucionais semelhantes aos atributos das ARIs nos EUA. Entretanto, em contraste com os Estados Unidos, o Brasil possui um dos mais fortes presidencialismos no mundo. Devido às peculiaridades dos sistemas presidencialistas na América Latina em geral e no Brasil em particular, a teoria da dominância do Congresso que é largamente utilizada nos EUA não dá conta da realidade das ARIs brasileiras. Este artigo propõe uma teoria da dominância presidencial para descrever a realidade brasileira, e também discute as consequências desse controle nas ARIs desde uma perspectiva constitucional.

1. Tradução do artigo "Presidential Dominance From A Comparative Perspective: The Relationship Between The Executive Branch And Regulatory Agencies In Brazil" originalmente publicado em Susan Rose-Ackerman and Peter Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law* (Edward Elgar, 2010). Traduzido por Fabiana Prichadnitzki e revisado por Viviane Albuquerque.

2. Agradeço Alec Stone Sweet, que sugeriu que a teoria do domínio presidencial era o que estava faltando em minha análise prévia das agências reguladoras no Brasil e me encorajou para explorar o tópico mais detalhadamente. Também, a Marcio Grandchamp, Conrado Hubner, Fernando Limongi, Michael Trebilcock e os participantes da conferência S.E.L.A. pelos comentários e sugestões que me ajudaram a aprimorar uma versão anterior desse artigo. Eventuais erros são de minha inteira responsabilidade.

PRESIDENTIAL DOMINANCE FROM A COMPARATIVE

PERSPECTIVE: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil // *Mariana Mota Prado*

Keywords

legal transplants / congressional dominance / presidential dominance / independent regulatory agency / principle-agent theory / IRA

////////////////////////////////////

Abstract

Regulatory agencies around the world, like other transplanted institutions, might look very similar if one analyzes solely their institutional design. However, there are considerable differences in how they operate in practice. This article shows some of these differences in the Brazilian context. The institutional reforms that took place in Brazil in the mid-1990s created independent regulatory agencies (IRAs) with institutional features that largely resemble the features of US IRAs. However, in contrast to the United States, Brazil has one of the strongest presidencies in the world. Due to the peculiarities of Presidential systems in Latin America in general and Brazil in particular, the theory of congressional dominance that is largely used in the US fails to capture the reality of Brazilian IRAs. This article proposes a theory of presidential dominance to describe that Brazilian reality, and discusses the normative consequences of this presidential control over IRAs from a constitutional perspective.

Os sistemas jurídicos de diferentes países parecem cada vez mais similares, em grande parte por causa do transplante de princípios legais e arranjos institucionais entre essas nações. Embora essas instituições transplantadas possam inicialmente parecer similares, consideráveis diferenças aparecem quando elas entram em funcionamento. Por definição, instituições transplantadas são instituições que operam dentro de um sistema político distinto. Imersas em um novo ambiente político, essas instituições nem sempre refletirão com fidelidade a imagem de suas contrapartes no país de origem. A efetividade das leis transplantadas e, conseqüentemente, as instituições criadas por elas dependem de sua consistência com ou de sua adaptação ao sistema jurídico do país que está acolhendo o transplante (Berkowitz *et al.*, 2003). Segundo estudiosos de direito comparado, o funcionamento distinto das instituições originais e das transplantadas sugere que o transplante de teorias acadêmicas, criadas no país de origem, não pode ser usado indiscriminadamente para analisar essas novas instituições. Para ilustrar isso, discutirei o caso das agências reguladoras.

Nas últimas duas décadas, agências independentes tornaram-se o principal meio de regular o setor de infraestrutura no mundo (Gilardi, 2008). Isso é verdade especialmente na América Latina (Jordana & Levi Faur, 2005). As agências independentes dos Estados Unidos têm servido como modelo na maior parte dos casos. Apesar das semelhanças institucionais, há uma diferença importante: as agências na América Latina operam em um sistema presidencialista que difere significativamente do sistema dos Estados Unidos. Por exemplo, o presidente brasileiro é significativamente mais poderoso do que o Congresso Brasileiro do que a Casa Branca o é em relação ao Congresso norte-americano.

A literatura acadêmica americana usa a teoria da agência para analisar as agências reguladoras mostrando que o Congresso é o principal e as agências seriam o agente. Essa teoria tornou-se a visão dominante sobre as agências reguladoras nos Estados Unidos e é conhecida como a “teoria do domínio congressional” (“*theory of congressional dominance*”). Uso o mesmo arcabouço teórico (principal-agente) para analisar as agências brasileiras e sustentar a hipóte-

se de que elas são controladas pelo Presidente (i.e., o Presidente é o principal). Neste artigo, não tento explicar porque houve delegação de poder para as agências, mas sim discutir a interação entre as agências reguladoras brasileiras e as instituições políticas uma vez que a delegação já tenha ocorrido. Concluo que uma “teoria do domínio presidencial” é mais adequada para descrever a interação entre agências reguladoras e governo no Brasil. Essa conclusão levanta a questão da aplicabilidade dessa teoria a outros países. O Brasil tem uma das presidências mais fortes do mundo e talvez seja apenas uma exceção à regra. Por outro lado, os Estados Unidos podem potencialmente ser a exceção à regra no extremo oposto das escalas. Se for esse o caso, é possível que as teorias do domínio congressional ou presidencial sejam ambas exceções dentre o que se observa mundialmente a partir da teoria da agência.

Além de explorar o aspecto descritivo das teorias do domínio congressional e presidencial (ou seja, qual setor do governo exerce um maior controle ou influência sobre as agências reguladoras), é preciso também discutir o aspecto normativo: quem *deveria* controlar as agências reguladoras? Nos Estados Unidos, há um debate acalorado sobre a legitimidade constitucional do controle político das agências. A tese do “poder executivo unitário” sugere que, apesar de o Congresso ter criado algumas agências independentes do Presidente, essas agências deveriam estar sob o controle presidencial. Em contraste, outros autores norte-americanos argumentam que o Congresso pode optar por delegar poderes para o executivo ou para as agências independentes. Diferentemente dos Estados Unidos, a Constituição brasileira posiciona toda a administração pública dentro do Poder Executivo, sob o controle do Presidente. Como consequência, o debate normativo legal-constitucional no Brasil não é focado em qual dos poderes deveria controlar as agências, mas sim em qual nível de influência presidencial nas agências seria constitucionalmente legítimo.

O artigo é estruturado da seguinte forma. A primeira seção detalha as reformas institucionais implementadas no Brasil na metade dos anos 90 e identifica as características institucionais mais relevantes das agências reguladoras independentes. A segunda analisa se a teoria do principal-agente nos ajuda a enten-

der a delegação dos poderes para agências reguladoras independentes. A terceira demonstra a aplicação da teoria do principal-agente nos Estados Unidos e explica a teoria do domínio congressual da forma como é articulada por pesquisadores americanos. A quarta seção explora as peculiaridades dos sistemas presidenciais na América Latina, especialmente no Brasil, e sugere que, em razão dessas peculiaridades, a “teoria do domínio congressual” não descreve adequadamente a realidade brasileira. A quinta seção questiona se o Presidente deve controlar as agências reguladoras e avalia os debates legais-constitucionais no Brasil e nos Estados Unidos sobre o controle do Presidente sobre as agências reguladoras.

1 Transplantando Agências Reguladoras Independentes (ARIs) para o Brasil

Entre 1996 e 2002, o governo brasileiro instituiu agências reguladoras independentes (ARIs) para eletricidade, telecomunicações, petróleo e outros setores de infraestrutura.³ Seguindo os padrões propostos internacionalmente (Smith, 1997), as ARIs brasileiras foram desenhadas para ter mandatos fixos para os diretores, aprovação do Congresso para nomeações presidenciais e fontes alternativas de fundos para assegurar autonomia financeira. Essas e outras características institucionais visam a garantir que essas agências não sejam subordinadas a nenhum setor do governo, garantindo assim um alto nível de independência. Gesner Oliveira construiu um índice para medir a independência das agências que indica, ao menos formalmente, que as agências reguladoras no Brasil têm um dos níveis mais altos de independência do mundo (Oliveira, 2005; Machado *et al.*, 2008).

A estabilidade no cargo (nem o Presidente nem qualquer dos outros servidores do Executivo têm o poder

3. Nesse período, nove agências reguladoras foram instituídas: Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL (Eletricidade); Agência Nacional do Petróleo, ANP (Petróleo e Gás Natural); Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL (Telecomunicações); Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA (Vigilância Sanitária; Inspectores de Saúde); Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS (Serviços de cuidado de saúde particulares); Agência Nacional de Águas, ANA (Água); Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ANTAQ (Transporte Aquário); Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANTT (Transporte Terrestre); Agência Nacional do Cinema, ANCINE (Cinema).

para remover os diretores dessas agências, uma vez que sejam nomeados)⁴ é uma garantia institucional fundamental de independência (Miller, 1988; Morrison, 1988). Várias ARIs dos Estados Unidos protegem os diretores contra remoção discricionária,⁵ e as agências brasileiras também adotam essa proteção. Decisões colegiadas, assim como mandatos fixos e escalonados, são outras características que contribuem para aumentar a independência das agências. É mais fácil influenciar um diretor do que influenciar uma comissão que toma decisões colegiadas. É ainda mais difícil influenciar uma comissão cujos membros têm mandatos escalonados, pois o Presidente no poder não terá nomeado todos os seus membros.

Além disso, exigir a aprovação do Senado para pessoas nomeadas pelo Presidente restringe as escolhas do Presidente, dando ao Senado veto sobre as nomeações. Seguindo o desenho institucional dos Estados Unidos, quase todos estatutos constitutivos de agências no Brasil requerem essa aprovação.⁶ As ARIs brasileiras também têm fontes alternativas de fundos que são separadas das contas fiscais do Executivo. O mesmo mecanismo existe nos Estados Unidos⁷ e foi recomendado para países em desenvolvimento pelas instituições internacionais como o Banco Mundial (Estache & Martimort, 1999). As principais fontes de renda das agências brasileiras são taxas de monitoramento e

4. Normalmente, a expressão usada em leis é remoção apenas por “justa causa”, pois o Presidente não tem poder para remover diretores discricionariamente, mas eles podem ser removidos através de um processo administrativo ou judicial por improbidade. No Brasil, há muito poucas situações nas quais os diretores podem ser exonerados antes do final de seu mandato. Elas são: renúncia, condenação judicial, ou condenação em um processo administrativo disciplinar. Ver, e.g., Lei N. 9.472 de 16 de julho de 1997, art. 26 (provisões aplicáveis às agências de telecomunicações no Brasil).

5. Exemplos incluem Federal Communications Commission (FCC), Federal Maritime Commission (FMC), National Labor Relations Board (NLRB), Nuclear Regulatory Commission (NRC), Federal Energy Regulatory Commission (FERC) e Securities and Exchange Commission (SEC) (Breyer 1999, p. 101).

6. Ver Lei N. 9.986 de 18 de julho de 2000, art. 9. De 1997 a 2000, o Presidente podia remover os comissários das Agências de Eletricidade (ANEEL) por livre e espontânea vontade nos primeiros quatro meses de seus mandatos. Desde 2000, essa lei geral regulamenta o poder de remoção do Presidente em várias outras agências incluindo a ANEEL.

7. Nos Estados Unidos, por exemplo, algumas agências têm fontes alternativas de fundos, os quais vêm das taxas pagas pela indústria regulada.

multas pagas pelas companhias reguladas.⁸ Esses fundos são reservados, ou seja, a lei proíbe seu uso para fins não especificados e relacionados ao setor no qual as companhias operam. Esse mecanismo alternativo de financiamento tem potencial para garantir independência se a quantia arrecadada for suficiente para cobrir todas as despesas operacionais da agência.

Todos os aspectos do desenho das ARIs brasileiras descritos acima foram inspirados na experiência do país com a mais longa tradição em reguladores independentes no mundo: os Estados Unidos. Não apenas os Estados Unidos já possuem ARIs há um longo tempo, mas autores americanos têm também produzido uma vasta literatura acadêmica sobre o tema. Uma descrição breve dessa literatura será apresentada logo a seguir, mas antes, no entanto, questionarei se a teoria do principal-agente é apropriada para as agências reguladoras independentes em geral, e especialmente no Brasil.

2 Entendendo delegação: a teoria do principal-agente

A delegação é frequentemente analisada usando a teoria do principal-agente, na qual uma entidade (o mandatário ou principal) delega a sua autoridade para uma outra entidade (o mandante ou agente). A delegação normalmente acontece quando beneficia o mandante. Por exemplo, a agente pode ser mais qualificado que o mandante para desempenhar certas funções devido a conhecimento especializado. Todavia, há custos também: o mandante pode não ser capaz de monitorar perfeitamente o agente para assegurar que ele aja segundo os interesses do mandante. A decisão de delegação torna-se, dessa forma, uma análise complicada de custo-benefício: o mandante precisa ter certeza de que haverá benefícios na delegação, enquanto tenta reduzir possíveis custos. Se os custos forem maiores do que os benefícios, a delegação não deve ocorrer.

A criação de agências reguladoras é interpretada como um ato de delegação,⁹ e assim pode ser analisada se-

gundo o conceito de principal-agente. A justificativa para delegação é que reguladores especializados são mais bem equipados do que os políticos eleitos para governar certos setores da economia. Mas, ainda que os políticos estejam dispostos a delegar os seus poderes, eles também querem criar mecanismos de controle para assegurar que a regulação estará de acordo com os seus interesses. Sob a ótica do principal-agente, seria irracional para o principal delegar poderes completa e permanentemente, dados os riscos de resultados incertos ou indesejados. Além dos custos associados com a delegação, a teoria do principal-agente também sugere que existem benefícios. Por exemplo, de acordo com essa teoria, os políticos podem decidir delegar poderes para agências reguladoras independentes porque isso poderia resolver ao menos dois problemas: compromisso crível e incerteza política.

De maneira geral, a delegação para agências reguladoras é uma solução para o problema de credibilidade do compromisso. O agente garante a terceiros que o principal não irá modificar suas promessas *ex post*. A criação de agências reguladoras independentes pode fornecer um nível maior de segurança para investidores, aumentando o nível de investimento. Assim, essa preocupação oferece uma explicação do porquê de ocorrer a delegação. Mas a preocupação com a credibilidade do compromisso não explica por que as agências reguladoras não são completamente independentes, ou ao menos independentes como os tribunais. Nesse sentido, a teoria do principal-agente pode iluminar a complexa análise de custo-benefício envolvida em obter os benefícios do compromisso crível para um governo que quer também manter controle sobre políticas públicas relevantes. Consequentemente, a teoria do principal-agente mostra que enquanto o comprometimento crível é uma hipótese plausível para a criação de agências reguladoras independentes, essa hipótese não leva em conta os custos da delegação (i.e., o risco de ter regu-

como “uma decisão autoritária... que transfere a autoridade de formular diretrizes dos órgãos representativos estabelecidos (aqueles que são eleitos diretamente, ou são administrados diretamente por políticos eleitos) para [entidades governamentais que possuam e exerçam algumas das concessões de autoridades públicas especializadas, separadamente daquelas instituições, mas não são nem diretamente eleitas pelas pessoas, nem diretamente administradas pelos diretores]”. (Tatcher and Sweet, 2002).

8. Ver, e.g., Lei N. 9.472 de 16 de julho de 1997, art. 47 (ANATEL); Lei N. 9.427 de 26 de dezembro de 1996, arts. 11-13 (ANEEL).

9. Delegação, para o propósito deste artigo, pode ser definida

lação desalinhada com os interesses do principal), e as medidas que o principal toma para reduzi-las.

A segunda razão é incerteza política. A preocupação aqui é impedir uma escolha distinta de uma futura maioria, que poderia ter interesse em alterar os programas e diretrizes do atual governo (Gilardi, 2002, p. 2005). Isso é especialmente saliente em um contexto no qual pode haver um conflito de interesses entre a atividade reguladora e qualquer participação remanescente que o governo tenha em empresas públicas.

No entanto, fora dos Estados Unidos, muitos autores asseveram que a teoria do principal-agente não é útil para explicar a criação das agências reguladoras independentes (Majone, 2001; Gilardi, 2001) ou outros tipos de delegação como as delegações para tribunais constitucionais (Sweet, 2002). Ao invés disso, no caso específico das ARIs, dois fatores internacionais parecem ter tido um peso importante; uma profunda integração econômica (Majone, 1997) e difusão de políticas através de países. Muitos países adotaram reformas porque reformas similares foram adotadas anteriormente em países próximos (Jordana & Levi-Faur, 2004).

Continua obscuro, no entanto, por que as ARIs foram criadas no Brasil. Nós sabemos que elas foram criadas pelo Presidente e são fortemente influenciadas por ele, embora tenham garantias institucionais de independência (Prado, 2008a). Alguns sugerem que o compromisso crível pode explicar a criação das ARIs no Brasil (Mueller & Pereira, 2002). No entanto, é difícil conciliar a hipótese de compromisso crível com o forte controle presidencial sobre as agências no Brasil. Esse controle presidencial sugere que outros fatores, como difusão de políticas públicas, podem ter tido um importante papel no caso brasileiro. A razão para a criação das ARIs no Brasil requer mais pesquisa, mas dado que ARIs existem, a teoria do principal-agente é uma ferramenta muito melhor para analisar as consequências de delegação do que a do compromisso crível (Gilardi, 2001). Essa teoria pode iluminar quais instrumentos de controle estão disponíveis para o Presidente brasileiro e como eles são usados para influenciar agências independentes.

3 A teoria do domínio congressional

Usando a teoria do principal-agente, autores argumentam que nos Estados Unidos o principal das ARIs é o Congresso, que delega poderes e subsequentemente procura controlar as agências. Assumindo que a delegação ocorre somente se o principal tiver garantia de que o agente irá proteger os seus interesses, o Congresso irá apenas delegar seus poderes para as agências se for capaz de controlá-las.¹⁰ Essa ideia, de que o Congresso controla suas criações, especialmente as agências reguladoras, é chamada de teoria do domínio congressional (TDC).¹¹

De acordo com a TDC, existem basicamente dois caminhos nos quais o Congresso exerce controle sobre as agências reguladoras: supervisão *ex post*, e artigos de lei que estabelecem *ex ante* a estrutura das agências e seus procedimentos (Bawn, 1997). No que concerne à supervisão *ex post*, o Congresso pode punir as agências, pois ele controla nomeações, orçamentos e a agenda legislativa. Como resultado dessas sanções potenciais, o Congresso controla a agenda das agências após delegar poderes para elas, e é capaz de influenciar o comportamento do agente público (Moe, 1987). Mais especificamente, através do processo de nomeações, o Congresso pode avaliar os candidatos a fim de reduzir o risco de aprovar um diretor cujos incentivos são insuficientemente alinhados com as preferências do Congresso. O Congresso também pode reduzir ou aumentar o orçamento de uma agência em particular de ano para ano dependendo das políticas públicas implementadas. Por fim, o Congresso pode ameaçar mudar a lei se a agência adotar políticas públicas que não estão alinhadas com as preferências do Congresso; o Congresso pode promulgar leis modificando a estrutura de pessoal, programas e a estrutura da própria agência. Considerando que quem trabalha na agência se preocupa com essas questões, a ameaça de mudança faz com que eles continuem agindo de acordo com as preferências do Congresso.

10. Estou simplificando a análise de custo-benefício envolvida na decisão de delegação. Para uma explicação mais completa, ver Thatcher & Sweet (2002).

11. TDC está longe de ser uma literatura internamente coerente. Há inúmeros autores diferentes que apresentam diferentes argumentos para defender a ideia que o congresso controla as agências. Todas essas diferentes versões serão classificadas como TDC para os propósitos desse capítulo.

Supervisão não significa um constante e detalhado monitoramento de cada passo do processo de decisão das agências. Ao invés disso, as ameaças supostamente mantêm as agências “bem-comportadas”, e o Congresso só precisa intervir quando algo muito grave ocorre. Para saber quando há um problema, o Congresso usa de “mecanismos de alarme de incêndio” que, como o nome sugere, “disparam” quando houver sinais de que as coisas estão seriamente erradas (McCubbins & Schwartz, 1984).

Uma outra forma através da qual o Congresso controla as agências é através de procedimentos administrativos obrigatórios. Eles diferem dos mecanismos de supervisão porque impõem um controle *ex ante*. Nesse caso, o Congresso usa procedimentos administrativos para controlar o resultado das políticas públicas mais de perto (McCubbins *et al.*, 1987, 1989). Por exemplo, procedimentos administrativos podem servir como instrumentos políticos de controle ao empoderar um grupo de interesse e aumentar a probabilidade de que os diretores irão favorecê-lo no processo de tomada de decisão. O *Administrative Procedure Act* (APA), por exemplo, tem sido interpretado como uma tentativa congressista para influenciar o processo de tomada de decisão das agências reguladoras ao reduzir a discricionariedade administrativa, aumentar os custos de transação nas mudanças de políticas públicas e ao conceder aos tribunais poder para interpretar as leis das agências, limitando a viabilidade de novos diretores para anunciar novas interpretações dos estatutos (McCubbins *et al.*, 1999).

Apesar de ser uma teoria influente, a TDC não é incontroversa. Contra a ideia de que há mecanismos de controle congressional sobre a administração pública, pesquisadores argumentam que os mecanismos de supervisão *ex post* fornecem controle limitado sobre a administração (Moe, 1987) e que os procedimentos administrativos não são mecanismos de controle político *ex ante*, mas ao invés disso servem para outros propósitos como imparcialidade e prestação de contas (Mashaw, 1990). Outros criticam essa teoria por falta de suporte empírico, e mostram que em alguns casos as conclusões da TDC não são sustentáveis (Moe, 1987; Balla, 1998). Alguns consideram a estrutura principal-agente como uma simplificação não necessária do processo político (West, 1995) e

argumentam que o processo administrativo americano é uma arena para competição entre o Presidente e o Congresso (West & Cooper, 1989, p. 581). Mais recentemente, cientistas políticos têm enfatizado que o Presidente americano é muito mais poderoso do que revela o texto constitucional, o que é reforçado pelo crescente uso dos decretos presidenciais (Mayer, 2000, 2002; Howell, 2003). Outros estudos documentam uma crescente influência presidencial sobre as agências reguladoras nos Estados Unidos tanto em questões processuais quanto substantivas (Kagan, 2001; Pildes & Sunstein, 1995; Lessig & Sunstein, 1994).¹² Conforme Steven Croley coloca, “entre os desenvolvimentos mais importantes em direito administrativo nas últimas duas décadas – na verdade, entre os desenvolvimentos em formulação de políticas públicas no âmbito doméstico em geral –, encontra-se no topo os esforços de presidentes para exercer um melhor controle sobre as agências reguladoras” (Croley, 2003, p. 821).

Essa crítica e o aumento do uso de decretos presidenciais demonstra que nós devemos evitar o uso simplista da TDC nos Estados Unidos. Apesar dessas advertências, no entanto, a teoria mantém sua posição nos esforços para entender a relação entre agentes políticos e agências reguladoras. Na próxima seção, uso a teoria do principal-agente para analisar o cenário brasileiro. O propósito dessa análise é definir se a TDC pode ser proveitosamente usada para analisar as agências no Brasil. Como veremos, a resposta é “não”. Se estou correta, isto é um achado significativo, pois a TDC tem (ou era, até recentemente) uma das mais influentes teorias institucionais dos autores americanos sobre as agências reguladoras.¹³ Assim, minha análise complementa o trabalho de crítica nos Estados Unidos ao mostrar que a TDC também tem aplicabilidade limitada em outro contexto nacional.

12. Ver Rose-Ackerman (2007) para uma coletânea de artigos, uma análise dos dados empíricos disponíveis, e um resumo útil dessa literatura.

13. Terry Moe mostra que nos últimos 15 anos a teoria mais influente sobre o comportamento da administração pública tem sido a teoria da captura, formulada por Stigler e Peltzman nos anos 70. Diferentemente da TDC, no entanto, a teoria da captura não inclui as instituições em seus modelos. O pressuposto implícito é que as instituições não importam. Se nós adotarmos o pressuposto oposto, como faço aqui, a TDC é a teoria mais influente (Moe, 1987, p. 475).

4 Uma nova proposta: a teoria do domínio presidencial

Se agentes políticos respondem a incentivos, e se esses incentivos são primariamente determinados pela estrutura institucional, alguém poderia postular que a teoria do domínio congressional se aplicaria a qualquer país com sistema presidencialista. A separação de poderes, contudo, não produz os mesmos incentivos para a criação das agências, e muito menos leva à replica da dinâmica de poder e controle que observamos nos Estados Unidos (Epstein & O'Halloran, 1999, p. 240). Isso acontecerá apenas quando o sistema político for muito similar ao sistema americano, o que raramente é o caso. Assim, mesmo para aqueles que adotam uma perspectiva institucionalista, não é necessariamente o caso de que todos os sistemas presidencialistas irão gerar domínio congressional sobre as agências reguladoras.

O sistema presidencial na América Latina ilustra essas diferenças institucionais. O sistema americano começou com um Presidente relativamente fraco e com o poder de formular políticas públicas centrado no legislativo (Epstein & O'Halloran, 1999, p. 241). Em contrapartida, na América Latina muitos sistemas presidenciais surgiram diretamente de autocracias e a formulação de políticas públicas por legisladores nunca foi estabelecida firmemente (Epstein & O'Halloran, 1999). Além dessas diferenças históricas, características estruturais também divergem significativamente. Os poderes constitucionais dos presidentes da América Latina, que incluem decretos executivos com força de lei, configuram significativamente a relação entre os poderes executivo e legislativo (Mainwaring & Shugart, 1997, p. 13-14; Carey & Shugart, 1998). Assim, para entender a relação entre agências reguladoras e os poderes na América Latina é preciso entender a distribuição de poderes dentro desses sistemas políticos.

A relação entre os diferentes poderes e a distribuição de poderes é particularmente interessante no caso brasileiro porque por um tempo foi um quebra-cabeças para cientistas políticos. A Constituição de 1988 garantiu ao Presidente fortes poderes proativos e reativos, os quais incluem decretos legislativos e poder de veto que não podem ser facilmente anulados pelo Congresso. Assim, a Constituição brasileira de 1988

foi classificada como a segunda que mais concedeu poderes legislativos para o Presidente entre quarenta e três constituições (Shugart & Carey, 1992, p. 155). Cientistas políticos assumiram que esses sistemas estariam fadados a paralisia e crise, porque o Presidente teria muitos poucos incentivos para negociar com o Congresso (Shugart & Carey, 1992, p. 148).

Além disso, o Brasil tem um sistema partidário fragmentado, e há falta de disciplina partidária. Críticos assumiram que o Presidente provavelmente não teria maioria no Congresso e que a falta de disciplina tornaria muito difícil obter suporte mesmo se ele ou ela tivessem a maioria. Como resultado, o Presidente provavelmente não seria capaz de implementar reformas significativas. Para superar a falta de apoio do Congresso, o Presidente teria que usar o seu poder legislativo, o que causaria conflito com o Congresso. Como resultado, paralisias e crises iriam prevalecer. Em suma, muitos comentaristas classificaram o sistema criado em 1988 como inadequado (Sartori, 1977, p. 95-96, p. 190-193).

A performance efetiva do sistema, no entanto, provou que essas previsões estavam erradas. Desde 1988, Presidentes brasileiros aprovam suas agendas legislativas com êxito. Os presidentes introduziram oitenta e seis por cento das leis aprovadas desde 1988 e o índice de aprovação das leis propostas pelo executivo foi de setenta e oito por cento (Limongi, 2005). Além disso, presidentes usam o poder de regulamentar por decreto de maneira ampla. Em última análise, o sistema permitiu maiores e amplas reformas constitucionais e legislativas.

As previsões sobre trancamento e paralisia estavam equivocadas por duas razões. Primeiro, elas não consideraram a habilidade do Presidente de construir coalisões, como em um sistema parlamentarista (Abranches, 1988, p. 5). Segundo, mesmo aqueles que reconheceram a possibilidade das coalisões as consideraram como frouxas e pouco confiáveis, devido à falta de disciplina e de fidelidade partidária (Mainwaring, 1997, p. 74). No entanto, a organização do Congresso, que é altamente centralizada, e o nível de controle do Executivo sobre a agenda legislativa acabam por criar níveis mais altos de disciplina partidária do que o inicialmente esperado (Figueiredo &

Limongi, 2000). Como resultado,

Presidentes brasileiros têm formado coalisões para governar e têm conseguido obter apoio dos partidos que pertencem à coalisão governamental para aprovar suas propostas legislativas: a média de disciplina partidária das coalisões presidenciais, definidas como votação de acordo com a recomendação pública do líder do governo na casa foi de 85,6%. (Limongi, 2005, p. 47)

Essa análise mostra que existem diferenças radicais na estrutura e no funcionamento dos sistemas presidenciais brasileiro e norte-americano. Percebe-se, então, que as agências independentes americanas e brasileiras foram criadas em contextos bem diferentes (Limongi, 2005, p. 48). Especificamente no sistema presidencial brasileiro, há um espaço muito pequeno para outras alternativas fora das propostas legislativas do executivo. Como consequência, a TDC não explica como e por que poderes do legislativo foram delegados para agências reguladoras no Brasil (Epstein & O'Halloran, 1999, p. 241).

Em contraste com os Estados Unidos, as agências no Brasil foram uma iniciativa presidencial (Pacheco, 2003). O Poder Executivo redigiu as propostas de lei das agências reguladoras independentes e as encaminhou à aprovação do Congresso (Prado, 2008a:443-447). As características constitucionais do sistema político brasileiro também mostram que a maioria dos mecanismos de controle que apoiam a TDC estão na verdade sob controle do Presidente. Conforme mencionado anteriormente, a TDC é amplamente baseada em três tipos de mecanismos de controle *ex post* que o Congresso exerce sobre as agências: orçamento, nomeações e nova legislação. Cada uma delas é analisada mais detalhadamente a seguir.

A Controle Orçamentário¹⁴

As agências brasileiras têm fontes alternativas de recursos, que não são parte dos recursos fiscais do Executivo. Como todas as outras despesas feitas por órgãos do Poder Executivo, no entanto, a dotação para uso desses fundos tem que ser previamente

prevista pelo orçamento federal. Como consequência, a entidade que controla a alocação de recursos do orçamento pode influenciar as políticas públicas das agências. De acordo com a TDC, nos Estados Unidos, o Congresso controla o dinheiro (Carpenter, 1996). Em contraste, o Presidente brasileiro tem controle substancial sobre o orçamento devido a seu poder de interferir significativamente no processo de alocações orçamentárias federais. Um dos mais importantes mecanismos para assegurar o domínio presidencial é o poder exclusivo do Presidente para preparar a proposta de orçamento. Os orçamentos das agências independentes são incorporados nos orçamentos presidenciais que são encaminhados para aprovação do Congresso. A preparação dessa proposta é o primeiro momento no qual o Presidente pode influenciar o processo de alocação de recursos e consequentemente os orçamentos das agências.

Além disso, no Brasil, a influência congressual nos processos de alocação orçamentária é limitada pela Constituição e por provisões legais que permitem significativo controle presidencial sobre os resultados finais das contas aprovadas pelo Congresso. Primeiro, a proposta presidencial será usada como lei se a proposta não for aprovada pelo Congresso e convertida em lei em tempo hábil. Segundo, o Presidente pode vetar algumas das provisões da lei orçamentária aprovada pelo Congresso (Figueiredo & Limongi, 2002, p. 303). Essas provisões constitucionais únicas colocam o Brasil entre os cinco países que concedem o maior poder orçamentário ao Presidente (Mainwaring, 1997, p. 64).

Por fim, o Presidente tem discricionariedade para modificar as alocações orçamentárias do Congresso (ou as partes disponíveis para as agências) depois de sua aprovação, durante a fase de implementação do orçamento.¹⁵ Essas reduções são feitas por meio de decretos presidenciais,¹⁶ os quais são atos unilaterais do Presidente e não estão sujeitos a nenhum controle do Congresso. No Brasil, não há garantia de que os

15. A lei orçamentária anual (LOA) define apenas os gastos máximos que o presidente e o Poder Executivo estão autorizados a fazer em um ano fiscal em particular. Assim, o presidente não pode ultrapassar o limite aprovado pelo congresso (exceto se o congresso o autorizar a fazer isso).

16. Em português, esses decretos são chamados de *Decreto de Execução Orçamentária*.

14. A análise apresentada aqui foi desenvolvida com mais detalhes em Prado (2008a, p. 490-496).

recursos alocados pelo Congresso em benefício das agências chegarão necessariamente à agência em questão. Em contrapartida, nos Estados Unidos, o poder presidencial para impor atrasos ou para cancelar recursos do orçamento é sujeito a controle legislativo. Assim, o Ato de Orçamento e Controle do Congresso de 1974 regulamenta cancelamentos e estabelece procedimentos que não permitem que o Presidente americano renegue a intenção do Congresso.

Em suma, o Presidente brasileiro controla, determina ou administra os valores dos fundos que as agências irão de fato receber, e ele/ela pode afetar significativamente a autonomia financeira daquelas agências. Esses poderes podem servir como incentivo para que as agências adotem suas preferências porque eles criam a ameaça de redução orçamentária.

Todos esses poderes têm sido usados em detrimento das agências. Na fase de preparação em 2003, por exemplo, os 202 milhões de reais requisitados pela agência reguladora de eletricidade (ANEEL) foram reduzidos para 162 milhões na proposta presidencial que foi aprovada posteriormente pelo Congresso (Abdo, 2003). No mesmo ano, a ANEEL teve suas verbas reduzidas em cinquenta por cento na fase de execução: os 162 milhões de reais aprovados pelo Congresso na lei orçamentária anual (LOA) foram reduzidos para setenta milhões por um decreto presidencial.¹⁷ Uma redução similar aconteceu em 2002, novamente por um decreto presidencial.¹⁸ Como a ANEEL, a agência de telecomunicações (ANATEL) também teve seu orçamento reduzido pelo Presidente em 2001, 2002 e 2003,¹⁹ sendo a redução mais recente de vinte e cinco por cento. Em 2005, seis agências de infraestrutura receberam apenas dezesseis por cento de suas alocações orçamentárias para

17. Em maio de 2003, uma quantia adicional de 12 milhões foi adicionada aos 70 milhões, somando 82 milhões para 2003 (Abdo, 2003) (declarando que em 2002, os 174 milhões aprovados pelo LOA foram reduzidos para 145 milhões de reais por um decreto presidencial e apenas 137 milhões foram efetivamente transferidos para a ANEEL).

18. Decreto N. 4.120 de 7 de fevereiro de 2002; Decreto N. 4.591 de 10 de fevereiro de 2003 e 4.708 de 28 de maio de 2003 (Brasil).

19. Decreto N. 3.746 de 6 de fevereiro de 2001; Decreto N. 3.878 de 25 de julho de 2001; Decreto N. 4.031 de 23 de novembro de 2001; Decreto N. 4.120 de 7 de fevereiro de 2002; Decreto N. 4.591 de 10 de fevereiro de 2003. Portarias N. 301 de 2001 e 333 de 2001 (Brasil).

aquele ano (Vargas, 2003; Pereira, 2006).

Essas reduções mostram que o/a Presidente pode diminuir a quantia alocada para as ARIs pelo Congresso para as quantias originalmente propostas pelo Presidente, ou até para quantias menores. Embora o Presidente não possa aumentar o orçamento das agências uma vez que o Congresso o aprovou, o Poder Executivo tem uma forte influência no processo de aprovação, pois pode determinar quanto é aprovado pelo Congresso em primeiro lugar (Prado, 2008a, p. 490-496). No entanto, não há prova conclusiva de que o/a Presidente usou seu poder nesses casos para controlar de maneira oportunista o resultado da regulação. Na verdade, como explorei em outro artigo, essas reduções podem ser explicadas por outras hipóteses, como preocupações macroeconômicas e proteção ao consumidor (Prado, 2008a). Isso levanta uma série de questões sobre ser esse controle desejável ou não, o que será discutido na seção V *infra*.

B Controle sobre nomeações²⁰

A maioria das agências reguladoras independentes requer aprovação do Congresso para as nomeações presidenciais. Esse poder de veto permite que o Congresso controle quem é nomeado e, assim, possa funcionar como um mecanismo para evitar nomeações de pessoas que não iriam proteger os interesses do Congresso. O Congresso aprovará nomeações apenas quando os interesses das pessoas propostas estiverem alinhados com as preferências políticas do Congresso. Alguns consideram isso como um dos mais efetivos meios de influência congressional sobre as agências reguladoras (Weingast & Moran, 1983). Terry Moe (1987, p. 489), no entanto, discorda dessa hipótese, asseverando que o Presidente detém o poder para submeter as indicações de nomes nas agências em primeiro lugar.

Mesmo se nós assumirmos, contudo, que esse poder de veto gera influência do Congresso sobre as agências, é curioso observar que no Brasil o Senado raramente rejeita nomeações. Houve apenas dois vetos de nomeações presidenciais pelo Senado, para dois diretores da agência de petróleo e gás natural (ANP)

20. As análises apresentadas aqui foram desenvolvidas em mais detalhes em Prado (2008a, p. 470-482).

em 2003 e 2005 (Monteiro, 2003; Folha de São Paulo, 2003; O Estado de São Paulo, 2005). No caso da ANATEL, as aprovações do Senado das nomeações presidenciais foram quase unânimes (Folha de São Paulo, 1997, 2004). Essa falta de rejeição pode ser interpretada de duas formas: (i) o Presidente controla as nomeações e o Senado não é capaz de se opor aos indicados por razões ideológicas (Moe, 1987b, p. 251); ou (ii) o Presidente é forçado a antecipar as preferências do Senado para evitar vetos (Nixon, 2004). É difícil dizer qual dessas duas hipóteses explica melhor o caso brasileiro, mas há pelo menos dois fatos que suportam a primeira hipótese.²¹ Primeiro, o ex-Presidente Lula conseguiu obter a aprovação do Senado para várias indicações políticas, muitas delas de membros do partido do Presidente (Partido dos Trabalhadores).²² Segundo, os dois vetos exercidos pelo Congresso não foram por causa de filiação política, preferências sobre políticas públicas, ou qualificações pessoais dos candidatos. Ao invés disso, os vetos foram atribuídos a vingança pessoal²³ e a retaliação política.²⁴

Adicionalmente, os Presidentes brasileiros não estão limitados pela exigência de balanço partidário como nas agências independentes norte-americanas. Todas as nomeações podem conter pessoas afiliadas ao mesmo partido.²⁵ Explorando a falta dessa exigência de balanço partidário, o ex-Presidente Cardoso distribuiu cargos nas agências brasileiras entre os par-

tidos da coalisão do governo. Durante a presidência de Cardoso (1995-2002), dois partidos nomearam todos os diretores da ANATEL e da ANEEL.²⁶ Em suma, as nomeações foram usadas como forma de barganha para obter apoio político e construir coalisões no Congresso.²⁷ Então, parece seguro dizer que o Presidente controla as indicações no Brasil.

C Mudanças Legislativas

De acordo com a TDC, o Congresso pode influenciar as agências ameaçando promover mudanças legislativas. O Congresso pode fazer mudança do quadro de pessoal, da estrutura da agência, de sua jurisdição ou de seus programas, e a ameaça dessas mudanças pode dar às agências incentivos para favorecer preferências do Congresso.

No caso brasileiro, todavia, o Presidente controla a agenda legislativa de várias formas. Primeiro, o poder de veto do Presidente não é revertido facilmente pelo Congresso: a fragmentação partidária no Congresso torna difícil para partidos da oposição conseguirem a maioria necessária para derrubar um veto (Mainwaring, 1997, p. 61). Segundo, o Presidente tem direito exclusivo de introduzir legislação pertinente às agências, como por exemplo aumentos salariais, criação de cargos na administração pública e mudanças na organização e estrutura da administração pública; ou seja, tudo relacionado a assuntos orçamentários (Constituição Brasileira de 1988, art. 61). Assim, as iniciativas de lei presidenciais podem modificar tudo o que afeta diretamente as agências reguladoras. Nesse sentido, o caso brasileiro está em uma categoria própria: muito poucas constituições concedem aos presidentes tão amplos poderes de iniciativa legislativa (Mainwaring, 1997, p. 62).

Além do poder de veto e do exclusivo poder de iniciativa legislativa em certas áreas, o/a Presidente

21. Para os fatos que poderiam suportar a hipótese oposta, ver Prado (2008a, p. 480).

22. Três das indicações de Lula foram políticos derrotados nas eleições de 2002. Em 2003, Lula indicou Haroldo Lima, um antigo representante do Partido Comunista no congresso para a agência de petróleo e gás natural (ANP). Em 2005, José Aírton Cirilo, um membro do Partido dos Trabalhadores, foi indicado como diretor da agência de transporte terrestre (ANTT). Ainda em 2005, José Machado, também um membro do Partido dos Trabalhadores, foi nomeado diretor da agência nacional de águas (ANA), após ser derrotado na campanha de reeleição para prefeito da cidade de Piracicaba no estado de São Paulo (Leitão, 2005; Domingos, 2005).

23. No primeiro caso, o nomeado conduziu uma investigação de corrupção contra um dos partidos majoritários no congresso, e o veto (articulado pelo líder desse partido no congresso) foi tido como vingança pela investigação (Monteiro, 2003).

24. O segundo veto foi visto como retaliação contra o governo de Lula por se recusar a dar um cargo alto na administração pública para um dos partidos coligados ao governo (i.e. não foi relacionado ao nomeado em si) (O Estado de São Paulo, 2005).

25. Algumas agências americanas exigem que não mais de três de um total de cinco diretores pertençam ao mesmo partido político.

26. Os partidos foram o *Partido da Social Democracia Brasileira* (PSDB) e *Partido da Frente Liberal* (PFL). Cardoso concedeu quatro das cinco cadeiras na ANATEL ao PSDB e todas as cadeiras na ANEEL para o PFL (Costa & Figueiró, 1997).

27. Isso poderia explicar o índice alto de aprovação do Senado para nomeações presidenciais. Contudo, não está completamente claro se Lula usou essa estratégia durante todo seu mandato. Por ter não ter a maioria no Senado, parece mais difícil para Lula usar essas posições como forma de barganha como Cardoso fez (Santana, 2006).

brasileiro/a pode legislar através de medidas provisórias, que são decretos executivos com força de lei.²⁸ Reconhecidamente, há alguns obstáculos jurídicos formais à capacidade do/da Presidente em limitar as agências reguladoras independentes através de medidas provisórias [Constituição Brasileira de 1988, art. 246; Decisão do Tribunal Superior de Justiça S.T.J. No. 1.819 de 1999 (ADI 2.005-6)]. Todavia, mesmo se houvesse obstáculos legais que não permitissem esses decretos executivos de ser usados livremente, o governo poderia ainda mudar a estrutura das agências propondo legislação para o Congresso. Conforme mencionado anteriormente, o índice de aprovação das propostas de lei de iniciativa presidencial é particularmente alto no Brasil.

Um episódio ilustra o uso dessas ameaças presidenciais contra as agências (Prado, 2006). Em fevereiro de 2003, o Presidente Lula e outros líderes governamentais determinaram que o nível de independência das agências era problemático. Em março de 2003, o Presidente brasileiro criou uma comissão para discutir uma proposta legislativa para alterar a estrutura das agências (Bragon & Medina, 2003; Agência Estado, 2003). Após a criação dessa comissão, o governo fez declarações públicas propondo reformas que limitariam o nível de independência das agências reguladoras do Poder Executivo (Folha de São Paulo, 24 de março e 22 de maio de 2003).

Durante esse debate sobre a independência das agências reguladoras, o Presidente também iniciou um debate público com as agências de telecomunicações e

28. Ambos os presidentes Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Lula (2003-2010) promulgaram várias medidas provisórias que modificaram a legislação aplicável ao setor de eletricidade. Fernando Henrique Cardoso usou medidas provisórias para regular o setor de eletricidade durante a crise de energia em 2001, para criar seguro contra apagões (uma taxa paga pelos consumidores nas suas contas de eletricidade), para um revendedor brasileiro de eletricidade de emergência, e para criar um mercado de venda por atacado. As medidas provisórias incluem as seguintes: Medida Provisória N. 1.819 de 31 de março de 1999; Medida Provisória N. 2.141 de 23 de março de 2001; Medida Provisória N. 2.152 de 1 de junho de 2001; Medida Provisória N.2.198 de 27 de julho de 2001; Medida Provisória N. 2.209 de 29 de agosto de 2001. Lula usou o mesmo instrumento para modificar as regras para comercialização de energia e para criar a Companhia de Pesquisa de Energia. Ver Lei N. 10.848 de 15 de março de 2004; Lei N. 10.847 de 15 de março de 2004.

de eletricidade sobre os aumentos das tarifas dos serviços que essas agências regulavam. O governo Lula propôs um aumento tarifário para ambos os serviços, energia e telecomunicações, que diferiam da proposta das agências. Mais especificamente, as propostas do governo não seguiram exatamente as fórmulas estabelecidas pelo governo anterior em legislação, regulamentações e contratos. No caso das tarifas de eletricidade, a agência adotou a proposta do governo, mas as agências de telecomunicações não.²⁹

O fato de que esses dois episódios (a proposta de lei para reestruturar as agências e a briga sobre o aumento das tarifas) aconteceram concomitantemente sugere que o primeiro episódio pode ter sido uma estratégia para influenciar as agências. Entre março e setembro de 2003, as agências estavam em processo de negociação do aumento das tarifas sob uma ameaça constante da proposta de lei ser enviadas para o Congresso e convertida em lei. Após as agências tomarem decisões finais sobre as tarifas, as ameaças e reclamações publicamente dirigidas às agências por funcionários do alto escalão do governo se tornaram menos frequentes e menos intensas (Alencar, 2003). Existem razões para acreditar que a agência reguladora para o setor de eletricidade reagiu à ameaça de que a qualquer momento o legislativo e os poderes reguladores do Presidente poderiam ser usados para mudar a estrutura das agências e reduzir sua independência (Goldman, 2003). Uma explicação possível para a habilidade da agência de telecomunicações de resistir à pressão é o fato de que o próprio governo estava dividido no assunto: o Ministro das Telecomunicações queria reduzir o aumento, mas o Ministro da Fazenda se opôs veementemente à proposta (Prado 2006).

Embora o Presidente seja tão mais poderoso que o Congresso e as ARIs, o federalismo brasileiro pode limitar o poder do Executivo adicionando agentes de veto na dinâmica de reformas políticas (Tsebelis, 1995, 2002). Pergunta-se: o federalismo permite aos estados limitar o poder legislativo do Presidente? Por um lado, alguns autores alegam que o Brasil tem um “federalismo robusto”, onde os agentes de veto são

29. Para uma descrição detalhada dessas propostas e das regulamentações desses setores, ver Prado (2008a, p. 448-456).

fortes e limitam significativamente poder do executivo federal (Samuels, 2003; Samuels & Mainwaring, 2004). Por outro lado, outros asseguram que o poder discricionário do Presidente para alocar recursos aos estados pode compensar o poder de minorias regionais e a influência delas no processo legislativo (Armijo *et al.*, 2006). Nessa mesma linha, alguns argumentam que o ex-Presidente Cardoso (1995-2002) conseguiu neutralizar os agentes de veto criados pelo sistema federativo (Stepan, 2004; Almeida, 2005). Em suma, há fortes argumentos para sustentar que o sistema federativo brasileiro não impõe fortes restrições ao Presidente. E mesmo que o robusto federalismo pudesse oferecer alguns obstáculos para a implementação da agenda legislativa do Presidente, isso não necessariamente oferece proteção às ARIs. Mesmo aqueles que descrevem o federalismo brasileiro como forte também indicam que ele é predatório (Samuels, 2003). Seu aspecto predatório vem do fato de que a política estadual no Brasil continua sendo amplamente dominada pela elite política tradicional com interesses políticos paroquiais (Willis, 1999). Dessa forma, o federalismo robusto pode sugerir que haja proteção dos interesses locais que vão contra os interesses nacionais. Como consequência, mesmo se os agentes federais de veto forem fortes no Brasil, isso não iria necessariamente se traduzir em obstáculos significativos para o controle presidencial sobre as ARIs.

Em suma, o Presidente possui poderes legislativos constitucionalmente estabelecidos para implementar reformas estruturais no desenho das agências e esses poderes podem ser usados para influenciar as políticas públicas implementadas pelas agências. As ações do governo Lula em relação às agências reguladoras independentes ilustram essa ameaça. O Poder Executivo parecia estar sinalizando que os atos contrários às preferências de políticas públicas do governo, mesmo aqueles que não pudessem ser totalmente revogados pelo Presidente, seriam punidos com mudanças estruturais drásticas.

Concluindo, ao contrário dos Estados Unidos, os mecanismos de controle *ex post* no Brasil estão nas mãos do Presidente, que tem usado esses mecanismos de forma eficaz (Prado, 2008a). Se for correta, essa conclusão pode ter implicações para as políticas públicas. Por um lado, seria pouco proveitoso trans-

plantar os mecanismos de prestação de contas que existem nos Estados Unidos, como sabatinas no Congresso para diretores das agências. Se o Congresso brasileiro não tem mecanismos eficazes para punir as agências, as sabatinas não servirão para o fim proposto. Por outro lado, outros arranjos institucionais dos Estados Unidos, como a fiscalização do executivo sobre as agências reguladoras, podem ser uma alternativa ainda mais restritiva. Nesse país, a fiscalização do executivo compensa o domínio congressional. No Brasil, no entanto, esse mecanismo iria apenas entrar para a longa lista de mecanismos presidenciais de controle sobre as agências reguladoras.

Muitos autores que criticam a TDC argumentam que os mecanismos de controle *ex post* não são eficazes na influência das agências reguladoras. Em resposta a essa crítica, os proponentes da TDC sugeriram que as provisões da lei de procedimentos administrativos seriam mecanismos de controle *ex ante* (McCubbins & Schwartz, 1984; McCubbins *et al.*, 1987). Seria interessante investigar qual o papel que esses procedimentos têm no Brasil, se é que têm algum. Para os propósitos deste capítulo, todavia, esse passo não é necessário. No Brasil, os mecanismos de controle *ex post* são eficazes e resultam em um alto controle presidencial sobre as agências reguladoras.

D Avaliando a nova proposta: o presidente deve controlar as ARIs?

Essa análise da influência presidencial sobre as agências reguladoras e o estado administrativo tem três dimensões: a descritiva, a normativa, e a legal-constitucional (Croley, 2003). A dimensão descritiva analisa *se há influência* presidencial sobre as agências; as outras duas discutem *se deveria haver essa influência*. Até agora, foquei principalmente no primeiro aspecto do debate, sugerindo que a teoria do domínio presidencial explica mais adequadamente a relação entre o governo e as agências reguladoras no Brasil do que a TDC. Esta seção se volta para as questões normativas, a fim de investigar se esse controle presidencial é desejável.

Há duas respostas possíveis para responder à questão sobre se deve ou não haver influência presidencial sobre as agências: uma é normativa e a outro é legal-constitucional. O debate normativo procura de-

terminar se um maior controle presidencial sobre as agências reguladoras gera políticas públicas de melhor qualidade, enquanto o debate legal-constitucional considera a legitimidade constitucional dessas práticas. Sobre o primeiro, não há estudos empíricos a respeito do impacto do controle presidencial sobre a qualidade da regulação no Brasil. Existem algumas evidências de que a influência presidencial parece ser guiada por objetivos políticos de curto prazo (algumas vezes de cunho populista) em detrimento de um plano de longo prazo e sustentável para os setores regulados. Todavia, exceto por alguns exemplos isolados, a alegação de que essa influência comprometeu a qualidade da regulação não é sustentada por evidências conclusivas (Prado, 2008a, 2008b). Uma avaliação normativa do controle presidencial sobre as agências reguladoras no Brasil deveria ser tema de um trabalho futuro, dado que o assunto ainda não foi explorado na literatura especializada.

A segunda questão normativa envolve uma análise jurídica das provisões constitucionais. Nos Estados Unidos, o debate levanta dois tipos de questionamentos. É legítimo o Presidente controlar as agências reguladoras? É legítimo que as agências desempenhem funções do poder executivo sem estar sob o controle do Presidente? A tese do ‘poder executivo unitário’ defende o controle presidencial das agências. Apesar de as agências serem criadas pelo Congresso (o principal), a tese do executivo unitário alega que, do ponto de vista constitucional, o poder da administração pública não pode existir, exceto como um subconjunto do poder executivo do Presidente (Calabresi & Prakash, 1994). Autores argumentaram que o executivo unitário é amparado em um entendimento originalista da Constituição americana e é necessário para manter a separação de poderes estabelecido na Constituição, dado que a cláusula do Artigo II atribuiu a totalidade dos poderes executivos ao Presidente (Rivkin, 1993; Calabresi, 1995). Em suma, a tese do executivo unitário sustenta que o Presidente deve controlar todas as agências do poder executivo para preservar a legitimidade política e constitucional do estado regulador.

Todavia, o debate legal-constitucional americano é em grande parte inaplicável ao caso brasileiro e noutros países nos quais agências reguladoras foram recente-

mente criadas. Conforme Fernando Limongi assevera,

Um estado burocrático ou administrativo não era parte do desenho constitucional original (nos Estados Unidos). A luta do executivo-legislativo pelo controle da administração pública é consequência desse silêncio constitucional. Então, a maior parte das características ruins da burocracia americana que [Bruce] Ackerman atribui à separação de poderes são, na verdade, peculiares dos Estados Unidos. Eles foram gerados pela lacuna na constituição americana. (Limongi, 2005, 42).

Em contraste com os Estados Unidos, as agências brasileiras estão claramente localizadas dentro do poder executivo, sob os ministérios setoriais.³⁰ A Constituição brasileira define o Presidente como chefe do poder executivo, subordinando a ele/a todos os servidores públicos da administração (Constituição brasileira de 1988, art. 84, II). Embora seja discutível quais são as consequências legais dessa subordinação (Binenbojm, 2006, p. 102; Aragão, 2004, p. 14-17), é claro que as ARIs são constitucionalmente subordinadas ao Presidente do Brasil. Portanto, há menos espaço para discutir se elas devem ou não ser controladas pelo Congresso ou pelo Presidente de uma perspectiva legal-constitucional.

Apesar do fato de que do ponto de vista constitucional as ARIs estão dentro do poder executivo, continua havendo um debate legal-constitucional no Brasil. O debate foca em quanto o controle presidencial é legítimo dado que a lei garante às ARIs algum nível de autonomia. Há provisões legais específicas determinando que a atividade reguladora deve ser subordinada às políticas públicas adotadas pelo poder executivo.³¹ Assim, embora o Presidente não deva interferir no dia-a-dia do funcionamento das agências reguladoras, as agências devem tentar se coordenar com políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo. Por um lado, as agências devem ser independentes o suficiente para tomar decisões regulatórias de alta qualidade, sem serem influenciadas por interesses políticos oportunistas ou de curto prazo. Por outro

30. Esse não é o caso das agências de fiscalização e monitoramento, como o *Tribunal de Contas da União* e o *Ministério Público*.

31. Para uma lista dessas provisões, ver Aragão (2004, p. 17).

lado, essa autonomia não pode se tornar um obstáculo para a implementação de políticas de um governo eleito democraticamente. Em outras palavras, Presidente e agências deveriam trabalhar de maneira independente, mas de forma coordenada, de maneira que permita ao Presidente implementar sua agenda política. O debate brasileiro legal-constitucional foca na linha que divide orientação política legítima de influência presidencial indevida. O mandato legal das ARIs é bastante vago e tanto as provisões constitucionais quanto as leis não especificam como o Presidente é soberano para assegurar que suas preferências políticas estão sendo seguidas pelas agências (Nunes, 2007, p. 17; Prado, 2008b, p. 132-133). Além do mais, a distinção entre políticas públicas e atividade reguladora requer uma clara distinção entre decisões políticas e técnicas. Todavia, traçar uma linha que claramente separa esses dois tipos de decisão não só é desafiador, mas também é altamente questionável.

Dado o vago mandato legal das ARIs, o debate legal-constitucional no Brasil foca em duas questões: (i) as agências estão ultrapassando seus poderes constitucionais ao definir prioridades para políticas públicas que deveriam ser estabelecidas pelo/a Presidente; e (ii) o/a Presidente viola as garantias de autonomia das agências ao influenciar decisões técnicas que não podem ser classificadas como políticas públicas ou princípios gerais? Em resposta à primeira questão, argumenta-se que as agências formulam políticas públicas somente quando o Poder Executivo não fez seu trabalho e não forneceu diretrizes e princípios para os reguladores (Coutinho *et al.*, 2004, p. 30-31). Esses atos são certamente inconstitucionais, mas as ARIs não parecem ter muita opção nesses casos (Rodrigues, 2005, p. 351).

Sobre a segunda questão, argumenta-se que o Presidente está ultrapassando os seus poderes constitucionais e legais em algumas de suas tentativas de controlar as agências no Brasil.³² Todavia, como esperado, essas alegações são extremamente controversas, dado que a linha que separa decisões técnicas e políticas é bastante indefinida. As decisões das ARIs

32. Para uma discussão detalhada desse debate a luz de exemplos concretos da influência presidencial sobre as questões reguladoras, ver Prado (2008a).

têm impactos macroeconômicos e em outras políticas governamentais. Tarifas altas para serviços de telecomunicações e de eletricidade, por exemplo, podem afetar tentativas de controlar a inflação e podem também ameaçar proteções aos consumidores. As agências devem ser protegidas de influência política quando a inflação e a proteção ao consumidor forem a razão pela qual o Presidente quiser exercer influência sobre as ARIs? O Brasil deveria proteger as agências de todos os tipos de influência política ou apenas das oportunistas? Se optarmos por esse último, quem decide o que é oportuníssimo ou não? Ao estabelecer essa distinção, nós devemos considerar o fato de que o Brasil acabou de sair de décadas de hiperinflação e o Presidente pode ter um motivo razoável para ser excessivamente cauteloso sobre medidas inflacionárias? As proteções aos consumidores devem ser consideradas mais relevantes em um país como o Brasil, com altos níveis de desigualdade? Todas essas questões permanecem sem resposta no Brasil.

Apesar do fato de que as discussões legal-constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil enfatizam questões distintas, eles têm uma coisa em comum. Ambas se respaldam em “amplas concepções conflitantes sobre política regulatória, e apenas podem ser compreendidas a partir dessas concepções mais amplas” (Croley, 2003, p. 833-834). Nos Estados Unidos,

Aqueles que veem um maior controle presidencial como benigno tendem a considerar os resultados produzidos por agências reguladoras não supervisionadas como problemáticos. Por exemplo, regulação feita na ausência de fiscalização ativa da Casa Branca é indesejada porque as agências são muito facilmente capturadas pelos interesses regulados que elas representam. (...) Críticos da fiscalização presidencial ampla das agências reguladoras apresentam uma visão mais favorável das agências também do processo legislativo. Esse ponto de vista se ampara, por exemplo, na figura tradicional das agências como peritos cuja função primária não é produzir regulação que favoreça grupos politicamente poderosos, mas sim usar sua expertise de forma racional para promover bem-estar geral. (Croley, 2003, p. 834-835)

No Brasil, também há concepções conflitantes da di-

nâmica política regulatória/democrática. Por um lado, aqueles que se opõem aos altos níveis de controle presidencial das agências acreditam que esse controle pode levar a decisões políticas oportunistas dirigidas por interesses eleitorais de curto prazo, que serão prejudiciais aos setores regulados. Assim, a delegação de poderes para agências independentes é frequentemente interpretada como um sinal de compromisso crível. O governo está antevendo a possibilidade de agir oportunisticamente, uma vez que reformas tenham sido implementadas, e decide amarrar as suas mãos, para evitar que isso ocorra. Por outro lado, aqueles a favor de um maior controle presidencial argumentam que os presidentes eleitos democraticamente provavelmente vão promover um bem-estar geral maior do que as agências reguladoras. O pressuposto aqui é de que o/a Presidente está apenas tentando fazer o seu trabalho, e que ele/a apenas conseguirá governar um país com sucesso e implementar suas políticas públicas se ele/a puder coordenar os atos e decisões de diversos entes da administração pública.

Em ambos os casos, as implicações dependem da validade dessas previsões conflitantes, as quais, por sua vez, precisam ser avaliadas por estudos empíricos (Croley, 2003, p. 838). Nós precisamos avaliar qual é o grau de fiscalização e influência presidencial sobre as agências antes de subscrever uma dessas visões. Conforme mencionando antes, todavia, há muito pouca literatura empírica sobre esse tópico no Brasil. Desde que os pesquisadores estejam cientes das circunstâncias distintas e das diferentes questões do contexto brasileiro em relação aos Estados Unidos, essa é uma área em que estudiosos brasileiros poderiam se beneficiar muito da experiência da literatura norte-americana.

5 Conclusões

Os transplantes jurídicos fazem sistemas legais distintos parecerem superficialmente similares. No entanto, abaixo da superfície muitas vezes existem diferenças consideráveis. Quando imerso em um sistema político diferente, instituições transplantadas se distanciam de seus modelos originais. Este capítulo ilustra isso analisando as agências reguladoras independentes no Brasil. Autores norte-americanos usam a estrutura do principal-agente para analisar

as agências reguladoras. Com essa estrutura, a teoria do domínio congressional prevalece. A base para a teoria do domínio congressional, ou TDC, é que o Congresso delega os seus poderes legislativos para agências independentes e é, assim, o principal. A teoria foca em três mecanismos usados pelo Congresso para influenciar as agências: o orçamento, as nomeações, e a ameaça de mudança legislativa. No caso do Brasil, em contraste, o Presidente é o principal. Uma análise cuidadosa das peculiaridades do sistema político brasileiro mostra que, no Brasil, os três mecanismos de controle sobre as agências – controle orçamentário, controle das nomeações, e ameaça de nova legislação – são concentrados nas mãos do Presidente, e não do Congresso. Por isso, do ponto de vista descritivo, a teoria do domínio presidencial é mais apropriada no caso brasileiro.

De uma perspectiva normativa, este capítulo discute como os autores brasileiros e norte-americanos tratam do debate legal-constitucional sobre a influência presidencial sobre as agências reguladoras. Nesse ponto, sugiro que eles estão tentando responder a questões diferentes. Enquanto os autores norte-americanos perguntam qual dos poderes tem legitimidade para controlar a administração pública, a Constituição brasileira é clara ao determinar que é o Presidente que controla a administração pública. Consequentemente, no Brasil o debate foca na questão de quanto a interferência presidencial nas atividades reguladoras é legalmente aceitável. Apesar de tentar responder a duas questões diferentes, os debates legal-constitucionais no Brasil e nos Estados Unidos têm um ponto em comum. Ambos usam concepções amplas e conflitantes sobre a atividade reguladora que são baseadas em distintas suposições sobre como o Presidente e as agências se comportam e nos resultados esperados da interação entre Presidente e agências. Determinar qual dessas suposições conflitantes é válida é uma questão empírica. Isso ressalta a importância da pesquisa empírica e sugere que os autores brasileiros poderiam se beneficiar dos estudos empíricos como aqueles feitos pelos autores americanos.

Como uma questão geral, este capítulo sugere que os transplantes legais levantam questões importantes para estudiosos de direito administrativo comparado. De uma perspectiva descritiva, é importante

analisar o direito administrativo e as instituições reguladoras dentro do contexto político amplo no qual eles operam. Uma agência reguladora pode ter o mesmo desenho institucional em dois sistemas presidenciais, mas ter níveis completamente diferentes de independência dependendo do poder relativo do Presidente vis-à-vis o Congresso. Por exemplo, o argumento específico deste capítulo (a teoria de que o Presidente, e não o Congresso, controla as agências reguladoras no Brasil) pode ser aplicável a sistemas presidencialistas fora dos Estados Unidos onde o Presidente tenha forte poder legislativo. Dependendo do número desses sistemas, o caso dos Estados Unidos – e a TDC – pode ser a exceção. Ou pode ser o caso de que cada sistema político tem suas próprias peculiaridades e nenhuma das teorias aqui discutidas se aplica fora do Brasil e dos Estados Unidos.

De uma perspectiva legal-constitucional, os autores do direito administrativo comparado também precisam ficar atentos às provisões constitucionais e doutrinas legais. Como o caso brasileiro ilustra, a existência de uma provisão constitucional ou doutrina pode alterar o rumo da pesquisa em direito, estabelecendo um diferente grupo de questões a serem exploradas. Em suma, pesquisadores de direito comparado precisam ter uma noção do contexto mais amplo no qual as instituições administrativas e o direito operam. Mais especificamente, eles/elas precisam considerar as provisões legais e o real funcionamento do sistema político e constitucional do país que eles estão analisando para ter certeza de que estão perguntando as questões certas e identificando as diferenças relevantes do ponto de vista do direito administrativo.

Além de ilustrar as questões metodológicas enfrentadas pelos autores de direito administrativo comparado, este capítulo também abordou um assunto de considerável importância nessa área. Em um período no qual ‘uma das instituições de governança regulatória moderna mais disseminada é conhecida como regulador independente’ (OECD, 2002), determinar a teoria mais apropriada para descrever e avaliar as ARIs é de suma importância. Só posso torcer para que esse seja o primeiro de vários estudos por vir.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Agências são alvos de críticas do Governo. (2003, 24 de março). *Folha de São Paulo*.
- Comissão interministerial discute papel de agências reguladoras. (2003, 13 de março). *Agência Estado*.
- Comissão rejeita indicação de Lula para Agência do Petróleo. (2005, 13 de março). *O Estado de S. Paulo*.
- Governo estuda reduzir poder de agências. (2003, 22 de maio). *Folha de São Paulo*.
- Guerreiro vai presidir Anatel por três anos. (1997, 23 de outubro). *Folha de São Paulo*.
- IGP-DI reajustará telefonia, afirma Ziller. (2004, 25 de janeiro). *Folha de São Paulo*.
- Veto foi visto com surpresa por atual diretor. (2003, 26 de junho). *Folha de São Paulo*.
- Abdo, J. M. (2003). A gestão nas agências reguladoras: fatos e repercussões. Documento apresentado em audiência na *Comissão Parlamentar para Infraestrutura de Serviços*, 25 jun. 2003, Brasília, Brasil. Disponível no site www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/AudienciaPublicaSenado.pdf.
- Abranches, S. (1988). Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, 31 (1), 5-34.
- Agencies as Ultimate Step of Delegation, Paper presented at the ECPR General Conference,
- Alencar, K. (2003, 19 de agosto). Lula se expõe na mídia para reagir a desgaste. *Folha de São Paulo*.
- Almeida, M. H. T. (2005). Recentralizando a federação?. *Revista de Sociologia e Política*, 24, 29-40.
- Aragão, A. S. (2004). *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
- Armijo, L. E., Faucher, P. & Dembinska, M. (2006). Compared to what? Assessing Brazil's political institutions. *Comparative Political Studies*, 39(6), 759-786.
- Balla, S. (1998). Administrative procedures and political control of the bureaucracy. *The American Political Science Review*, 92 (3), 663-673.
- Bawn, K. (1997). Choosing strategies to control the bureaucracy: statutory constraints, oversight, and the committee system. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 13 (1), 101-126.
- Berkowitz, D., Pistor K., & Richard, J. F. (2003). Economic development, legality, and the transplant effect. *European Economic Review*, 47 (1), 165-195.
- Binenbojm, G. (2006). Agências reguladoras Independentes e democracia no Brasil. In Binenbojm, G (Ed.), *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Bragon, R. & Medina, H. (2003, 13 de março). Reunião interministerial discute destino de reguladoras. *Folha de São Paulo*.
- Breyer, S., Stewart, R. B., Sunstein, C. R. & Spitzer, M. L. (1999). *Administrative Law and Regulatory Policy* (4a. ed.). New York: Aspen Law & Business.
- Calabresi, S. & Prakash S. (1994). The President's power to execute the laws. *Yale Law Journal*, 104(33), 541-665.
- Carey, J. & Shugart, M. (1998). *Executive decree authority*. Cambridge, U.K.; New York, USA: Cambridge University Press.
- Carpenter, D. (1996). Adaptive signal processing, hierarchy, and budgetary control in federal regulation. *The American Political Science Review*, 90(2), 283-302.
- Costa, R. & Figueiró, A. (1997, 07 de dezembro). FHC loteria agências de infra-estrutura. *Folha de São Paulo*.
- Croley, S. (2003). White House review of agency rule-making: an empirical investigation. *The University of Chicago Law Review*, 70(3), 821-885.
- Domingos, J. (2005, 18 de janeiro). Lula começa reforma pelas bordas e partidariza agências reguladoras. *O Estado de S. Paulo*.
- Epstein, D. & O'Halloran, S. (1999). *Delegating powers*. Cambridge, UK; New York, USA: Cambridge University Press.
- Estache, A. & Martimort, D. (1999). Politics, transaction costs, and the design of regulatory institutions. World Bank Policy Research Working Paper No. 2073.
- Figueiredo, A. & Limongi, F. (2000). Presidential power, legislative organization and party behavior in the legislature. *Comparative Politics*, 32(2): 151-170.
- Figueiredo, A. & Limongi, F. (2002). Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados*, 45(2), 303-344.
- Gilardi, F. (2001). Principal-Agent Models Go To Europe: Independent Regulatory Agencies as Ultimate Step of Delegation', Apresentado no ECPR General Conference, Canterbury, UK, September 6-8.
- _____. (2002). Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis. *Journal of European Public Policy*, 9(6), 873-893.
- _____. (2005). The institutional foundations of regulatory capitalism: the diffusion of independent regulatory agencies in western Europe. *The Annals of the American Academy of Political and*

- Social Sciences*, 600, 84-101.
- _____. (2008). *Delegation in the regulatory State: independent regulatory agencies in eastern Europe*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar.
- Goldman, A. (2003, 28 de abril). O governo contra as agências. *Folha de São Paulo*.
- Howell, W. (2003). *Power without persuasion: the politics of direct presidential action*. Princeton: Princeton University Press.
- Jordana, J. & Levi-Faur, D. (2004). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar Publishing.
- _____. (2005). Hacia un Estado regulador latino-americano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. *Documento CIDOB n. 7*. Disponível no site www.cidob.org/es/content/download/2759/24123/file/doc_americalatina_7.pdf.
- Kagan, E. (2001). Presidential administration. *Harvard Law Review*, 114(8), 2245-2385.
- Leitão, M. (2005, 19 de janeiro). Erro perigoso. *O Globo*.
- Lessig, L. & Sunstein, C. (1994). The president and the administration. *Columbia Law Review*, 94(1), 1-123.
- Limongi, F. (2005). Institutions, presidents and agencies. *Revista Direito GV*, 1, 21-54.
- Machado, E. L., Oliveira, G. & Novaes, L. M. (2008). Independence of regulatory agencies: evidence for the credibility hypothesis. Artigo apresentado no 3º Research Workshop on Institutions and Organizations, São Paulo. Disponível no site <http://iii-rwio.wiki.zoho.com/Painel-V---Industrial-and-Competition-Policy.html>.
- Mainwaring, S. & Shugart, M. (1997). Presidentialism and democracy in Latin America: Changing the Terms of the Debate. In Mainwaring, S. & Shugart, M. (Eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, UK; New York, USA: Cambridge Univ. Press, pp. 12-54.
- Mainwaring, S. (1997). 'Multipartism, robust federalism, and presidentialism in Brazil', *Presidentialism and Democracy in Latin America*. In Mainwaring, S. & Shugart, M. (Eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, UK; New York, USA: Cambridge Univ. Press, pp. 55-109.
- Majone, G. (1997). From the Positive to the Regulatory State: causes and consequences of change in the mode of governance, *Journal of Public Policy*, 17, 139-167.
- _____. (2001). Two logics of delegation: agency and fiduciary relations in EU governance, *European Union Politics*, 2(1), 103-122.
- Mashaw, J. (1990). Explaining administrative process: normative, positive, and critical stories of legal development. *Journal of Law, Economics and Organization*, 6(0), 267-98.
- Mayer, K. (2000). Executive orders and presidential power, *Journal of Politics*, 61(2), 445-466.
- _____. (2002). *With the stroke of a pen: executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press.
- McCubbins, M. & Schwartz, T. (1984). Congressional oversight overlooked: police patrols or fire alarms, *American Journal of Political Science*, 28(1), 165-179.
- McCubbins, M., Noll, R. G., & Weingast, B. R. (1987). Administrative procedures as instruments of political control, *Journal of Law, Economics and Organization*, 3(2), 243-77.
- McCubbins, M., Noll, R. G., & Weingast, B. R. (1989). Structure and process, politics and policy: administrative arrangements and the political control of agencies. Symposium on the Law and Economics of Bargaining, *Virginia Law Review*, 75(2), 431-482.
- McCubbins, M., Noll, R. G., & Weingast, B. R. (1999). The political origins of the administrative procedure act. *Journal of Law, Economics and Organization*, 15(1), 180-217.
- Miller, G. (1988). The debate over independent agencies in light of empirical evidence. Symposium on the Independence of Independent Agencies, *Duke Law Journal*, 1988(2/3), 215-222.
- Moe, T. (1987). An assessment of the positive theory of congressional dominance, *Legislative Studies Quarterly*, 12(4), 475-520.
- _____. (1987b). Interests, institutions, and positive theory: the politics of the NLRB. *Studies in American Political Development*, 2, 236-299.
- Monteiro, R. R. (2003, 26 de junho). Veto a Salomão alerta governo para reformas, *Jornal do Brasil*.
- Morrison, A. (1988). How independent are independent agencies?. Symposium on the Independence of Independent Agencies, *Duke Law Journal*, 1988(2/3), 252-256.
- Nixon, D. C. (2004). Separation of powers and appointee ideology. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 20(2), 438-457.

- Nunes, E. O. (2007). *Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional*. São Paulo: Editora Garamond.
- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. (2002). Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance. *OECD Reviews of Regulatory Reform*. OECD Publishing.
- Oliveira, G. (2005). Desenho regulatório e competitividade: efeitos sobre os setores de infra-estrutura. *Relatórios de Pesquisa 26/2005*. Disponível no site <http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/desenho-regulatorio-e-competitividade-efeitos-sobre-os-setores-de-infra-estrutura>.
- Pacheco, R. (2003). *Agências reguladoras no Brasil: Ulisses e as sereias ou Narciso e Eco?*. Artigo apresentado no VIII Seminário: Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá. Disponível no site <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047610.pdf>.
- Pereira, R. (2006, 03 de julho). Governo Lula corta verbas e asfixia agencias. Só em 2005 foram R\$ 4,4 bi. *O Estado de S. Paulo*.
- Pildes, R. & Sunstein, C. (1995). Reinventing the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, 62(1), 1-129.
- Prado, M. M. (2006). Accountability mismatch: agências reguladoras independentes e o governo Lula. In Binenbojm, G. (Ed.), *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2008a). The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41(2), 435-503.
- _____. (2008b). O contrato e o plano de gestão no projeto de lei n. 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida?. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, 6(22), 115-140.
- Rose-Ackerman, S. (2007). *Economics of administrative law*. Cheltenham, UK; Northampton MA: Edward Elgar.
- Samuels, D. & Mainwaring, S. (2004). Strong federalism, constraints on the central government, and economic reform in Brazil. In Gibson, E. L. (Ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Samuels, D. (2003). *Ambition, federalism, and legislative politics in Brazil*. Cambridge, UK; New Work, USA: Cambridge University Press.
- Sartori, G. (1997). *Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcome*. New York: New York University. Press.
- Shugart, M. & Carey, J. (1992). *Presidents and Assemblies*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Smith, W. (1997). Utility Regulators: The independence debate. *Public Policy for the Private Sector Papers*. Disponível no site <http://rru.worldbank.org/Documents/PublicPolicyJournal/127smith.pdf>.
- Stepan, A. (2004). Towards a new comparative politics of federalism, multinationalism, and democracy. In Gibson, E. L. (Ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Stone Sweet, A. (2002). Constitutional courts and parliamentary democracy. *West European Politics*, 25(1), 77-100.
- Thatcher, M. & Stone Sweet, A. (2002). Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*, 25(1), 1-22.
- Tsebelis, G. (1995). Decision making in political systems: veto players in presidentialism, parliamentarism, multicameralism, and multipartyism. *British Journal of Political Science*, 25(3), 289-325.
- _____. (2002). *Veto players*. Princeton: Princeton University Press.
- Vargas, L. (2003, 06 de maio). Agências fazem ato contra o governo, *Folha de São Paulo*.
- Weingast, B. & Moran, M. (1983). Bureaucracy discretion or congressional control? Regulatory policymaking by the Federal Trade Commission. *The Journal of Political Economy*, 91(5), 765-800.
- West, W. & Cooper, J. (1989). Legislative influence v. presidential dominance: competing models of bureaucratic control. *Political Sciences Quarterly*, 104(4), 581-606.
- West, W. (1995). *Controlling the bureaucracy: institutional constraints in theory and practice*. Armonk, NY: M.E. Sharpe.
- Willis, Ellis, Garman, C. C. B., & Haggard, S. (1999). The politics of decentralization in Latin America. *Latin American Research Review*, 34(1): 7-56.
- Entrevista:
- Santana, E. A. (2006). Entrevista concedida por Edvaldo Alves Santana a Mariana Mota Prado em 26 de julho de 2006.

DIREITO À CULTURA E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República // *Mateus Maia de Souza*¹ e *Nichollas de Miranda Alem*²

Palavras-chave

direito / políticas públicas / audiovisual / orçamento público / leis de incentivo

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Os gastos públicos com cultura**
- 3 Panorama das principais políticas federais de apoio e fomento ao audiovisual no Brasil**
- 4 Diagnóstico dos resultados do conjunto de políticas adotadas**
- 5 Considerações finais: corrigindo rumos**
- 6 Referências**

Resumo

O presente artigo elabora uma análise dos resultados dos gastos públicos diretos e indiretos do Governo Federal com cultura, tomando tais gastos como pressupostos de uma configuração institucional voltada à efetivação do direito à cultura no Brasil durante a Nova República. Por razões metodológicas, optou-se por um enfoque sobre políticas de apoio e fomento ao audiovisual, setor que recebeu maior destaque no âmbito federal e que apresenta o maior número de indicadores disponíveis. Para este trabalho, consultamos, sobretudo, a literatura especializada em políticas culturais e leis de incentivo, bem como os diversos materiais institucionais dos órgãos e entidades públicos federais atuantes na área da cultura. A pesquisa realizada indicou que os gastos indiretos continuam sendo parte significativa dos gastos totais do Governo Federal com cultura. No caso do setor audiovisual, um exame mais detido dos indicadores revelou graves limitações dos mecanismos de incentivo fiscal. Ao fim, foram feitas algumas considerações acerca de uma possível correção de rumos das políticas públicas de cultura tendo-se em vista os fins traçados pela Constituição Federal.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. E-mail: mateus.maia.ms@gmail.com

2 Bacharel e Mestrando em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo – USP. E-mail: nichollas.alem@gmail.com

THE RIGHT TO CULTURE AND PUBLIC POLICIES IN BRAZIL: an analysis of direct and indirect public spending in the audiovisual sector during the New Republic // *Mateus Maia de Souza and Nichollas de Miranda Alem*

Keywords

law / public policy / audiovisual / public spending / tax incentive laws

////////////////////////////////////

Abstract

This article analyses the result of direct and indirect public spending on culture. Such expenses are taken as part of the institutional configuration designed to fulfill the right to culture in Brazil during the New Republic. For methodological reasons, we focused on the development policies designed to support and foster the audiovisual sector. In the realm of policies oriented to support cultural productions and conservation, the audiovisual sector received the most support from the Federal Government and had the most indicators and reports available. Our research explored the literature on cultural policies and tax incentive laws. We also examined institutional reports elaborated by federal agencies and organizations related to the cultural sector. Our research indicated that indirect expenses comprehend a significant part of total federal spending on culture. A thorough examination of the reports revealed serious limitations of the tax incentive mechanisms specifically for the audiovisual sector. In the end, we suggest possible improvements of cultural policies in light of the guidelines present in our Federal Constitution.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 215, determina que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Essa previsão impõe ao Poder Público uma postura positiva, pautada na elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à persecução destes fins.³ No entanto, a definição dos limites e os contornos da atuação do Estado ganha nuances especialmente intrincadas quando se trata das atividades ligadas à cultura. Como bem explica José Afonso da Silva:

A relação entre política e cultura é complexa, porque a intervenção pública na esfera da atividade cultural há que atender a valores aparentemente em conflito: de um lado, fica sujeita a uma função negativa de respeito à liberdade cultural; de outro lado, há de exercer uma função positiva de promoção cultural para o fim de realizar o princípio da igualdade no campo da cultura. (Afonso da Silva, 2001, p. 210)

Apesar desses deveres constitucionalmente determinados, os primeiros anos da Nova República foram marcados por um forte movimento de redução dos gastos públicos diretos e da estrutura do Estado em comparação com os anos anteriores. Esse cenário também afetou, por conseguinte, as políticas públicas de cultura. Em 1990, o presidente Fernando Collor, no âmbito das reformas do Programa Nacional de Desestatização (PND), fechou o Ministério da Cultura, suspendeu seus programas e transformou-o em uma secretaria ligada à Presidência da República.⁴

Com o objetivo de repartir as responsabilidades pelo fomento à cultura com a sociedade, apostou-se nas chamadas leis de incentivo.⁵ Por meio desse instrumento, patrocinadores passaram a poder abater o valor aportado em projetos culturais de seu imposto

devido. Desta forma, a escolha sobre o que merece ou não ser apoiado não seria mais do Estado, mas da própria sociedade, ou melhor, do mercado. Ocorre que, entre 1995 e 2002, como bem aponta Lia Calabre, “as discussões e propostas de implantação e elaboração de políticas culturais praticamente desapareceram da prática governamental. Foi um período dedicado ao aprimoramento das leis de incentivo” (Calabre, 2009, p. 114).

A relativização desse modelo, com a retomada da atuação direta do Estado no campo da cultura, veio a partir de 2003, quando o Governo Federal retomou o uso sistemático de editais de fomento, aumentou o número de convênios celebrados entre o Ministério da Cultura, estados e municípios, instituiu programas para aumentar o número de equipamentos culturais e estruturou o Plano Nacional de Cultura e o Sistema Nacional de Cultura.

Porém, uma análise mais detida da trajetória dos gastos públicos com cultura revela que as políticas pautadas na utilização de benefícios e incentivos fiscais continuam representando uma parcela significativa do total dos gastos do Estado nesse campo. Ocorre que tais mecanismos possuem limitações inerentes ao seu próprio funcionamento. Ao transferir à sociedade e ao mercado a decisão sobre quais projetos culturais merecem aportes financeiros, possibilitou-se que as políticas públicas de cultura nem sempre caminhassem no sentido apontado pela Constituição, ou seja, para o pleno exercício dos direitos culturais.

Deste modo, o presente artigo propõe investigar se o conjunto de políticas públicas de cultura está apto a cumprir os objetivos constitucionalmente previstos no ordenamento brasileiro. Para fins metodológicos, optamos por analisar o caso do setor audiovisual, reconhecendo-o como aquele que recebeu maior atenção por parte do Governo Federal nos últimos anos.⁶ Assim, em um primeiro momento, traçaremos

3 Cf. Nascimento (2008); Chapentreau (2012); Calabre (2007); Calabre (2005); Lima, Ortelado, Souza (2013); Reis (2011).

4 Cf. Calabre (2009).

5 Em 1986, sob a justificativa de viabilizar “mecanismos que permitam o tratamento do investimento na área da cultura como uma questão e aplicação capitalista de recursos e não apenas como mero mecenato”, foi aprovada a Lei nº 7.505, pioneira na instituição do modelo de apoio à cultura via incentivos fiscais.

6 O Ministério da Cultura possui seis secretarias em sua estrutura regimental: a Secretaria de Políticas Culturais (SPC), Secretaria da Cidadania e da Diversidade Cultural (SCDC), Secretaria do Audiovisual (SAV), Secretaria de Economia Criativa (SEC), Secretaria de Articulação Institucional (SAI), Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura (SEFIC). O audiovisual é, portanto, a única das áreas que

o perfil dos gastos públicos com cultura. Em seguida, faremos um resumo dos principais instrumentos de apoio e fomento à atividade audiovisual. No terceiro momento, trataremos dos resultados obtidos com tais políticas. Por fim, apresentaremos um possível prognóstico para a necessária correção de rumos no sentido da concretização dos objetivos constitucionais indicados inicialmente.

2 Os gastos públicos com cultura

Gastos públicos diretos são aqueles realizados pela própria Administração Pública, que destina o produto da arrecadação tributária conforme finalidades e objetivos previamente definidos e por meio de orçamentos aprovados pelos respectivos poderes legislativos. O Estado realiza gastos diretos com cultura quando, por exemplo, concede bolsas de estudos para artistas, custeia a execução de apresentações artísticas, promove eventos, seminários e concursos e assim por diante.

Apenas para ilustrar, os gastos diretos do Governo Federal com cultura em 2015 foram de cerca de 0,07% do orçamento total.⁷ O investimento de pouco mais de R\$ 1,75 bilhão se dividiu nos seguintes programas:

Tabela 1. Gastos diretos do Governo Federal com cultura em 2015

Programa	R\$ (em milhões)
Brasil Patrimônio Cultural	0,08
Brasil Som e Imagem	0,58
Apoio Administrativo	0,01
Monumenta	2,15
Cultura Viva - Arte Educação e Cidadania	0,08
Engenho das Artes	1,55

convencionalmente se considera como “culturais” ou “artísticas” que possui uma estrutura própria dentro do Ministério. Neste sentido, cf. Decreto nº 7.743, de 2012.

⁷ Vale esclarecer que, quando tratamos do gasto público direto com cultura, estamos nos referindo aos gastos contabilizados no orçamento da União sob a função “cultura”, uma rubrica específica naquele documento. Neste caso, ficam excluídos os gastos com manutenção e administração do Ministério da Cultura.

Cultura: Preservação, Promoção e Acesso	1.039,83
Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas	5,49
Programa de Gestão e Manutenção do Ministério da Cultura	719,28
TOTAL	1.769,06

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Siga Brasil, do Senado Federal.⁸

Por sua vez, gastos públicos indiretos, também conhecidos como gastos tributários, são aqueles que correspondem às variadas formas de renúncia fiscal promovidas pela Administração, sendo assim operacionalizados por meio da legislação tributária. No entanto, diferentemente do que acontece com os gastos diretos, a destinação dos gastos tributários é definida pelos próprios agentes econômicos beneficiados e motivados pelas renúncias fiscais.

Em outras palavras, gastos públicos indiretos são aqueles gerados a partir de uma exceção das normas tributárias de referência e se apresentam na forma de uma redução da arrecadação tributária potencial em favor de uma disponibilidade econômica dos contribuintes beneficiados por tais incentivos e isenções.⁹ Alguns exemplos desses gastos indiretos são a imunidade tributária sobre livros, jornais e periódicos¹⁰ e o regime de isenção de Imposto de Renda (IR), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade

⁸ Os valores apresentados em relação aos gastos diretos englobam todos os pagamentos realizados no ano, tanto aqueles previstos na Lei Orçamentária Anual (LOA) quanto os restos a pagar pendentes de anos anteriores, ou seja, valores empenhados mas não quitados no mesmo exercício.

⁹ Nas palavras da Receita Federal do Brasil (2015) “gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais. São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. Têm caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região”.

¹⁰ Conforme o art. 150 da Constituição Federal, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

Social (Cofins) para instituições de caráter cultural.¹¹

Em 2015, os gastos indiretos com cultura representaram cerca de 1,32% dos gastos indiretos do Governo Federal,¹² o equivalente a R\$ 3,73 bilhões do total de R\$ 282,44 bilhões:

Tabela 2. Gastos indiretos do Governo Federal em 2015.

Função Orçamentária	Total (R\$ em milhões)	Participação (%)
Comércio e Serviços	76.022,78	26,92
Trabalho	45.015,33	15,94
Indústria	33.451,14	11,84
Agricultura	27.962,77	9,90
Saúde	25.105,59	8,89
Assistência Social	21.258,55	7,53
Ciência e Tecnologia	17.797,22	6,30
Educação	9.368,83	3,32
Habitação	9.223,04	3,27
Energia	5.914,69	2,09
Transporte	4.460,59	1,58
Cultura	3.734,01	1,32
Comunicações	1.186,01	0,09
Desporto e Lazer	1.067,27	0,38
Direitos da Cidadania	644,90	0,23
Administração	123,43	0,04
Defesa Nacional	65,10	0,02
Organização Agrária	35,97	0,01

11 Cf. Art. 15, Lei nº 9.532/97; Art. 14, X, MP 2.158-35/01; Lei nº 12.101/09; Decreto nº 7.237/10.

12 A título de esclarecimento metodológico, destacamos que os valores correspondentes ao gasto indireto federal computados no presente artigo constituem projeções realizadas pela Receita Federal do Brasil em cumprimento ao parágrafo 6º do art. 165 da Constituição Federal e inciso II do art. 5º da Lei Complementar nº 101/00, que estabelecem a obrigação do Poder Executivo de apresentar, enquanto parte da LOA, estimativas dos reflexos sobre as receitas e despesas de benefícios de natureza tributária, financeira e creditícia. Tal abordagem tornou-se necessária pois não existem dados disponíveis sobre os gastos indiretos efetivamente verificados em cada ano. Não obstante, a comparação entre as projeções da Receita Federal do Brasil e os informativos de renúncia do Ministério da Cultura indicam que tais previsões são bastante factíveis: no caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), por exemplo, a estimativa apresentada em 2015 pela Receita foi de R\$ 1,32 bilhão ao passo que a renúncia fiscal computada pelo Ministério foi de R\$ 1,13 bilhão. Cf. dados dos *Demonstrativos dos Gastos Tributários*, da Receita Federal do Brasil, e do *SalicNet*, do Ministério da Cultura.

Gestão Ambiental	0,01	0,00
TOTAL	282.437,24	100,00
ARRECADADAÇÃO	1.337.945,23	

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados dos *Demonstrativos dos Gastos Tributários*, da Receita Federal do Brasil.¹³

Atualmente, os gastos indiretos com cultura são decorrentes de oito programas de incentivo ao setor, com nítido destaque para o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), popularmente conhecido como Lei Rouanet, e o Vale-Cultura, que trataremos com maiores detalhes adiante:

Tabela 3. Gastos indiretos do Governo Federal com cultura em 2015

Função Orçamentária	Total (R\$ em milhões)
Cultura	3.734,01
Atividade Audiovisual	141,57
Entidades sem Fins Lucrativos - Cultural	172,74
Evento Esportivo, Cultural e Científico	0,00
Indústria Cinematográfica e Radiodifusão	27,84
Programa Nacional de Apoio à Cultura	1.323,39
Programação	0,00
RECINE	29,21
Vale-Cultura	2.039,27

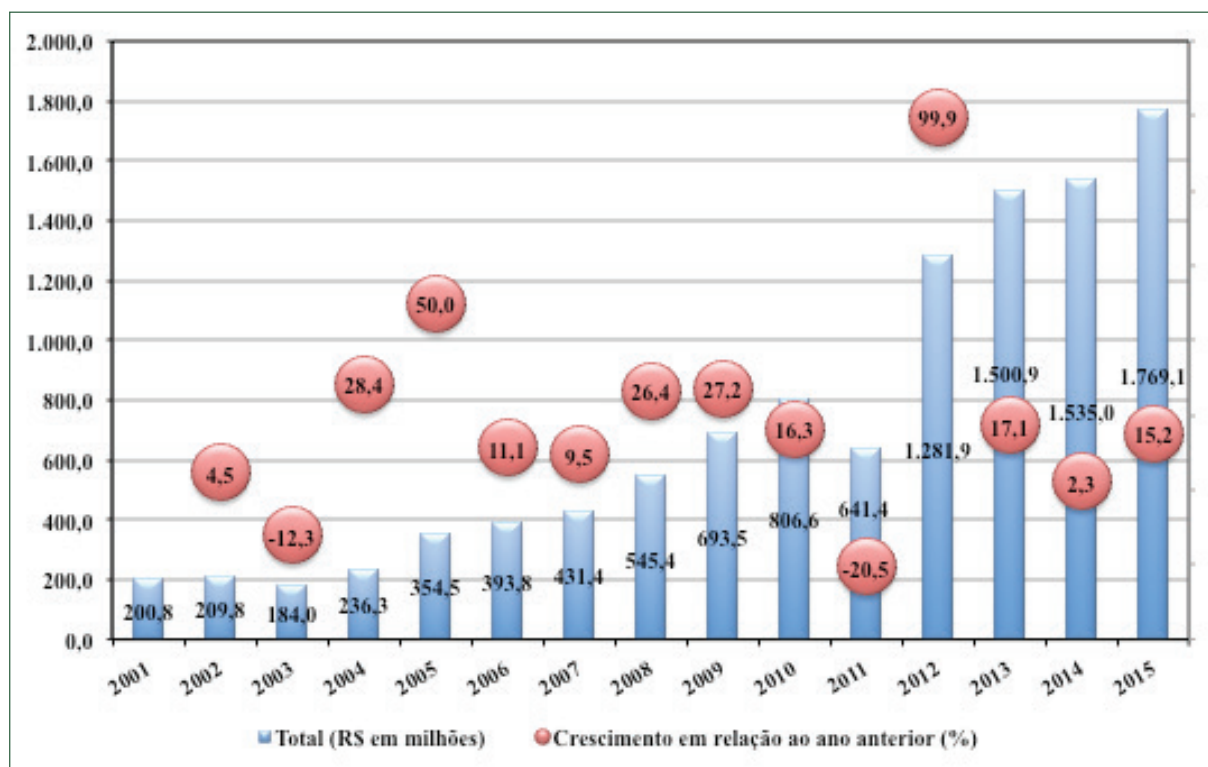
Fonte: elaborado pelos autores com base em dados dos *Demonstrativos dos Gastos Tributários*, da Receita Federal do Brasil.¹⁴

Feitos tais esclarecimentos iniciais, podemos analisar brevemente a trajetória dos gastos públicos diretos e indiretos ao longo dos últimos quinze anos. Nesse período, os gastos públicos diretos com cultura aumentaram sensivelmente, ainda que de maneira intermitente. Assim, entre 2001 e 2015, tais gastos passaram de R\$ 200,8 milhões para R\$ 1,77 bilhão, indicando um crescimento de 881,07%, isto é, um crescimento médio anual de 58,74%:

13 Cf. nota de rodapé nº 12.

14 Cf. nota de rodapé nº 12.

Gráfico 1. Evolução dos gastos diretos do Governo Federal com cultura (2001-2015)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Siga Brasil, do Senado Federal.¹⁵

Vale lembrar que estamos nos referindo aos *orçamentos executados* com cultura no período, ou seja, àqueles valores que foram efetivamente desembolsados pelo Governo Federal. Trata-se de um esclarecimento indispensável na medida em que o *orçamento autorizado* – aquele inicialmente previsto –, e o *orçamento empenhado* – aquele reservado para efetuar um pagamento planejado –, são constantemente contingenciados.

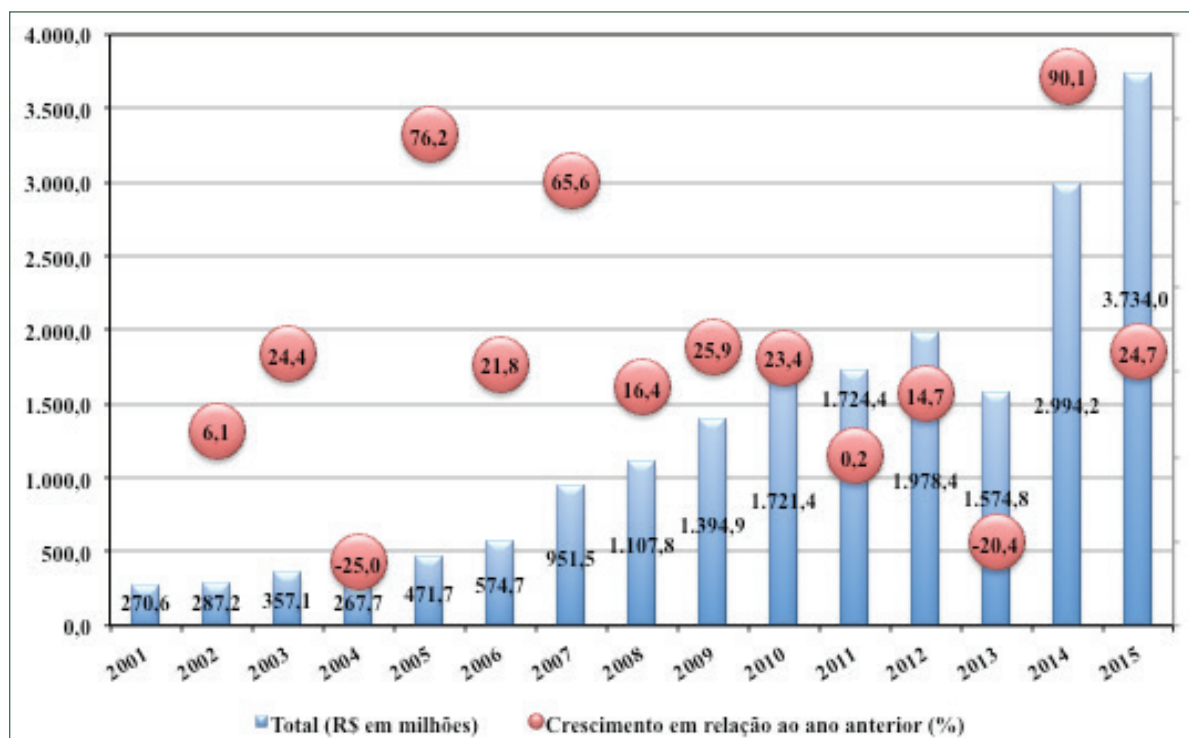
Por outro lado, no mesmo período os gastos tributários com cultura cresceram quase que ininterruptamente, passando de R\$ 270,60 milhões para R\$ 3,73 bilhões, um crescimento acumulado de 1.270,90%, isto é, um crescimento médio anual de 85,33%.

Ou seja, mesmo em um período reconhecido pelo expressivo aumento dos gastos diretos em cultura, durante o qual as políticas de estímulo e fomento aos setores culturais foram fortemente expandidas,

os gastos indiretos ainda cresceram de maneira mais acentuada, confirmando a tendência à estruturação de políticas públicas culturais baseadas em diferentes modalidades de incentivos e renúncias fiscais, gastos tributários por natureza.

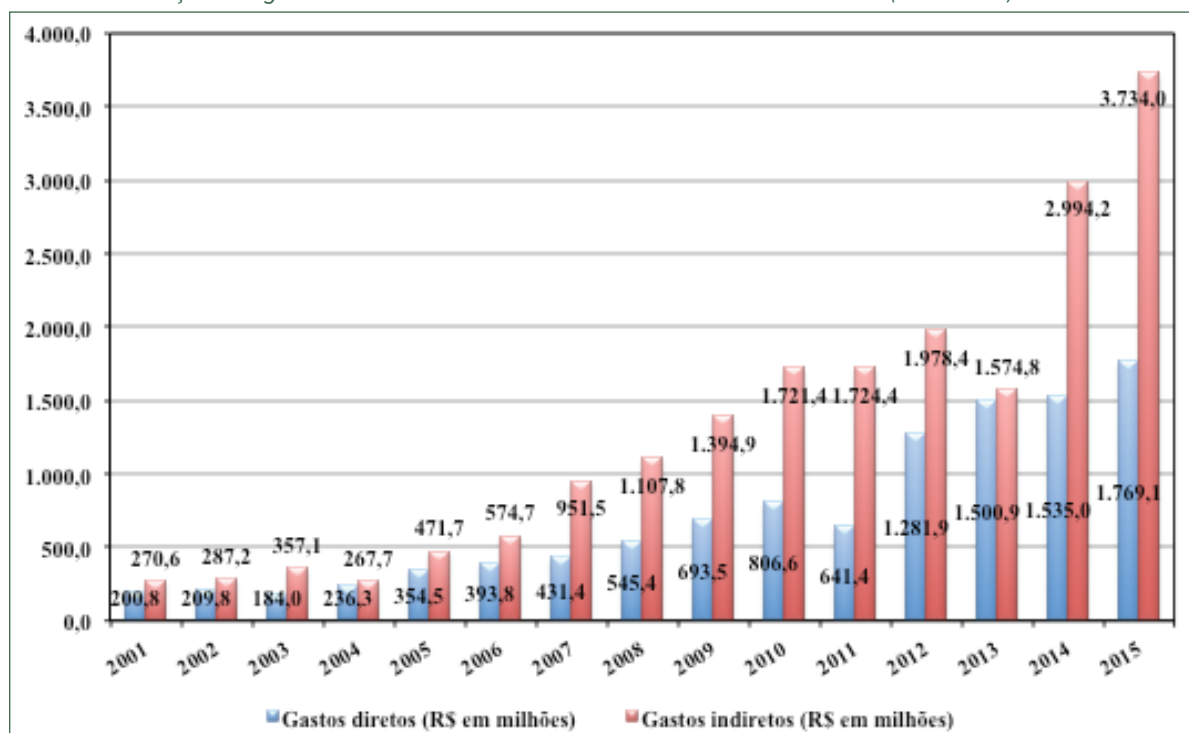
15 Cf. nota de rodapé nº 8.

Gráfico 2. Evolução dos gastos indiretos do Governo Federal com cultura (2001-2015)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados dos Demonstrativos dos Gastos Tributários, da Receita Federal do Brasil.¹⁶

Gráfico 3. Evolução dos gastos diretos e indiretos do Governo Federal com cultura (2001-2015)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Siga Brasil, do Senado Federal¹⁷, e dos Demonstrativos dos Gastos Tributários, da Receita Federal do Brasil.¹⁸

16 Cf. nota de rodapé nº 12.

17 Cf. nota de rodapé nº 8.

18 Cf. nota de rodapé nº 12.

Outro indício importante da preponderância dos gastos indiretos como principal forma de destinação dos recursos públicos no campo da cultura é a comparação de quanto representam os gastos diretos e indiretos em relação aos seus respectivos orçamentos totais. Neste sentido, enquanto os gastos diretos destinados à cultura responderam, em média, por

0,06% do orçamento total do Governo Federal nos últimos 15 anos, os gastos indiretos com cultura foram de, em média, 1,37% do total dos gastos tributários no mesmo período:

Tabela 4. Comparativo entre gastos diretos e indiretos com cultura (2001-2015)

	Gastos diretos			Gastos indiretos		
	Cultura (R\$ em milhões)	Total (R\$ em milhões)	Participação (%)	Cultura (R\$ em milhões)	Total (R\$ em milhões)	Participação (%)
2001	200,79	603.434,99	0,05	270,60	19.334,08	1,40
2002	209,77	674.948,98	0,04	287,20	23.261,56	1,23
2003	184,02	876.498,68	0,03	357,13	23.957,72	1,49
2004	236,32	908.181,01	0,04	267,72	24.211,16	1,11
2005	354,54	1.106.791,84	0,04	471,69	31.288,20	1,51
2006	393,83	1.183.711,48	0,05	574,71	42.499,55	1,35
2007	431,39	1.223.800,05	0,06	951,50	52.739,77	1,80
2008	545,36	1.258.852,87	0,07	1.107,82	76.055,96	1,46
2009	693,47	1.416.371,41	0,08	1.394,92	101.956,50	1,37
2010	806,63	1.504.951,17	0,09	1.721,35	113.875,43	1,51
2011	641,43	1.676.831,33	0,08	1.724,41	116.082,90	1,49
2012	1281,94	1.839.795,52	0,10	1.978,37	145.977,48	1,36
2013	1500,89	1.930.402,90	0,12	1.574,83	170.015,97	0,93
2014	1535,05	2.308.335,49	0,08	2.994,23	249.761,19	1,20
2015	1769,06	2.382.042,57	0,08	3.734,01	282.437,24	1,32

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Siga Brasil, do Senado Federal¹⁹, e dos Demonstrativos dos Gastos Tributários, da Receita Federal do Brasil.²⁰

Dessa forma, ainda que a partir de 2003 o Estado tenha retomado uma postura mais ativa e propositiva no campo das políticas públicas, os gastos indiretos continuaram sendo parte substancial dos gastos públicos em cultura.

De todo modo, políticas de incentivo fiscal são reconhecidamente limitadas em sua capacidade de atingir seus próprios objetivos. Tomemos como referência o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), concebido com o objetivo de permitir ao Esta-

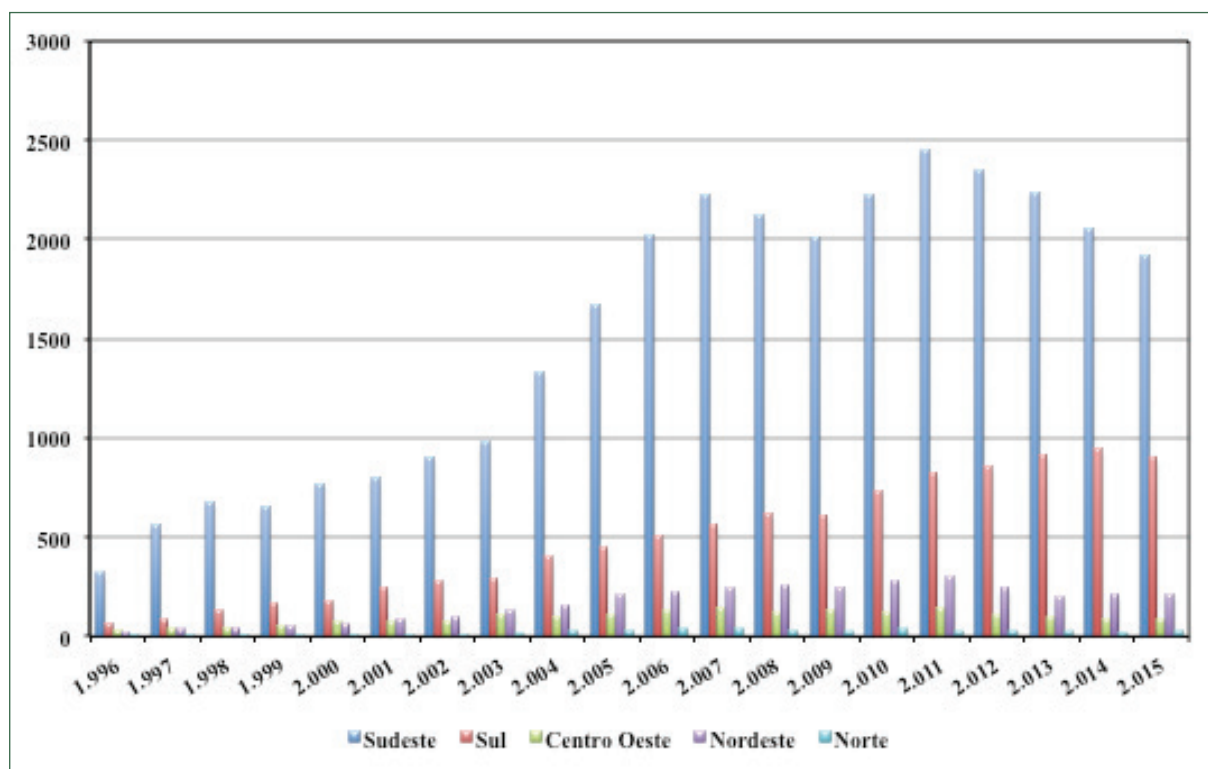
do exercer, mais eficazmente, sua responsabilidade constitucional, reiterada no Projeto de Reconstrução Nacional, de apoiar a criação cultural e proteger o patrimônio cultural do país, levando em conta as manifestações de todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional, de modo a garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incluindo o direito de produzir cultura e de ter acesso ao acervo cultural existente. (Congresso Nacional, 1991) Instituído pela Lei nº 8.313, de 1991, popularmente conhecida como Lei Rouanet, o Pronac estabeleceu três mecanismos de apoio à cultura: o Fundo Nacional da Cultura (FNC), os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e o Incentivo Fiscal.²¹ O FNC

²¹ De acordo com o artigo 1º da Lei Rouanet, o Pronac tem como finalidade captar e canalizar recursos para o setor de modo a: contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais; promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira,

¹⁹ Cf. nota de rodapé nº 8.

²⁰ Cf. nota de rodapé nº 12.

Gráfico 4. Total de projetos realizados com apoio da Lei Rouanet (1996-2015)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do SalicNet, do Ministério da Cultura.

serve como um fundo para captar e destinar recursos para projetos culturais alinhados com a finalidade do programa, realizando tanto aportes reembolsáveis como não reembolsáveis. Os Ficart foram idealizados como uma forma de incentivar a aplicação financeira em projetos culturais de cunho comercial, mas não foram implementados até a data de conclusão do presente trabalho.

Por sua vez, o incentivo fiscal, também chamado de renúncia fiscal ou mecenato, foi concebido para estimular o apoio da iniciativa privada ao setor cultural.

com valorização de recursos humanos e conteúdos locais; apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores; proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional; salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira; preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro; desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações; estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória; priorizar o produto cultural originário do País.

Por meio deste instrumento, o proponente apresenta um projeto cultural ao Ministério da Cultura e, caso seja aprovado, é autorizado a captar recursos junto a pessoas físicas ou empresas tributadas com base na sistemática do lucro real. O apoiador realiza um aporte em uma conta corrente específica do projeto cultural, podendo assim abater tal valor (ou parte dele) de seu Imposto de Renda.²²

Como o mecanismo transfere para a iniciativa privada a decisão sobre os projetos que merecem apoio, são priorizadas aquelas iniciativas que possam gerar maiores resultados dentro das estratégias de *marketing* cultural da empresa. Logo, acaba favorecendo a concentração de recursos nas regiões mais populosas e de maior poder econômico e entre alguns poucos proponentes, que já estão estruturados para elaborar projetos com maior viés mercadológico e retorno para a marca do apoiador. Estima-se que 50% dos re-

22 Sobre o funcionamento da Lei Rouanet, cf. Cesnik (2007), Comissão de Direitos Autorais, Direitos Imateriais e Entretenimento (2015), Sebrae (2015).

curso captados estejam concentrados em cerca de 3% dos proponentes.²³ Com efeito, uma série de manifestações culturais e projetos pouco interessantes ao mecenato acaba não recebendo apoio por meio desse mecanismo.²⁴ Vale apontar, inclusive, que a concentração de recursos na região Sudeste apenas aumentou ao longo dos anos.

Ademais, uma comparação atenta entre os recursos totais captados, as renúncias fiscais promovidas pelo Poder Público e os investimentos privados revela que a participação dos recursos públicos no financiamento de projetos culturais tem aumentado continuamente desde a instituição da Lei Rouanet. Apesar de ter sido pensada justamente para incentivar, estimular e fomentar o financiamento privado de projetos culturais, o que se verificou com o passar dos anos foi um crescimento espantoso das renúncias fiscais promovidas pelo Poder Público, que passaram de R\$ 6,0 mil em 1993 para R\$ 1,1 bilhão em 2015, ou seja, uma expansão de 17.832.714,6%. No entanto, tal crescimento não foi acompanhado pelos investimentos privados, que passaram de R\$ 15 mil em 1993 para R\$ 52,1 milhões em 2015, ou seja, uma expansão de apenas 350.565,1%.

Desta forma, desde 2008 os recursos privados responderam por menos de 10% dos recursos captados e, em 2015, por menos de 5%:

Tabela 5. Captação, renúncia fiscal e investimento privado no âmbito da Lei Rouanet (1993-2015)

	Captação (A) (R\$ em milhões)	Renúncia (B) (R\$ em milhões)	B/A (%)	Privado (C) (R\$ em milhões)	C/A (%)
1993	0,02	0,006	30,00	0,015	70,00
1994	0,53	0,17	31,20	0,37	68,79
1995	12,91	4,34	33,64	8,57	66,35
1996	111,70	36,83	32,96	74,88	67,03
1997	207,95	68,35	32,86	139,60	67,13

23 Cf. Ministério da Cultura (2010).

24 Sobre as distorções existentes na Lei Rouanet, cf. Itá Cultural (2009), Amora (2016), Miotto (2013), Sá e Tardáguila (2015), Viana (2016).

1998	232,57	95,41	41,02	137,17	58,97
1999	211,37	111,24	52,63	100,13	47,36
2000	290,01	186,45	64,29	103,56	35,70
2001	368,13	236,15	64,15	131,97	35,84
2002	344,61	263,31	76,40	81,30	23,59
2003	430,89	359,23	83,36	71,66	16,63
2004	512,10	443,28	86,56	68,82	13,43
2005	726,78	636,02	87,51	90,76	12,48
2006	854,74	762,64	89,22	92,10	10,77
2007	990,25	884,42	89,31	105,83	10,68
2008	963,70	878,28	91,13	85,42	8,86
2009	980,02	894,36	91,25	85,66	8,74
2010	1.166,38	1.063,71	91,19	102,67	8,80
2011	1.324,37	1.225,23	92,51	99,14	7,48
2012	1.277,10	1.195,23	93,58	81,88	6,41
2013	1.261,71	1.195,57	94,75	66,14	5,24
2014	1.334,88	1.261,44	94,49	73,44	5,50
2015	1.186,90	1.134,84	95,61	52,06	4,38
TO-TAL	14.789,6	12.936,52		1.853,13	

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do SalicNet, do Ministério da Cultura.

Ao transferir à sociedade civil, ou melhor, ao mercado, a faculdade de decidir, ainda que de maneira relativamente condicionada,²⁵ quais projetos culturais merecem apoio financeiro, possibilitou-se que os recursos públicos fossem destinados de acordo com os interesses privados, em detrimento do interesse público. Assim, as mesmas vicissitudes de nosso sistema econômico, notadamente, sua extremada concentração empresarial e regional, passaram a ser reproduzidas também no campo da cultura. Não por acaso, o ex-Ministro da Cultura, Juca Ferreira, defendia a aprovação do Projeto de Lei nº 6.722/2010, atualmente em tramitação no Senado Federal, que busca corrigir algumas dessas distorções. Podemos citar

25 A decisão de quais projetos culturais merecem apoio financeiro é relativamente condicionada uma vez que um projeto cultural só poderá captar recursos com base na Lei Rouanet após aprovação prévia por parte da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura, conselho ligado ao Ministério da Cultura.

como exemplos de propostas: o estabelecimento de novos critérios e princípios para aprovação dos projetos culturais, com vistas à desconcentração regional e democratização do acesso; a limitação da dedução do imposto devido em projetos que exibam a marca do apoiador; e a vinculação da porcentagem de abatimento do apoiador à pontuação obtida pelo projeto cultural quando de sua aprovação no Ministério.²⁶

Conforme apontado anteriormente, para compreender melhor a eficácia dos gastos indiretos com cultura na concretização dos fins traçados pela Constituição Federal, optamos por abordar o setor audiovisual, por ser, dentre os setores considerados culturais, o que ganhou maior destaque entre as políticas públicas e aquele com maior disponibilidade de dados e indicadores. No tópico seguinte, traremos um panorama das principais políticas federais de apoio e fomento ao setor e, em seguida, uma síntese da atual situação do mesmo.

3 Panorama das principais políticas federais de apoio e fomento ao audiovisual no Brasil

Políticas públicas de audiovisual possuem basicamente duas finalidades. De um lado, fomentar a criação e produção local, regional e nacional – efetivando os direitos de livre expressão e de preservação e promoção da identidade cultural. De outro, garantir o pleno exercício do direito de acesso à cultura, inclusive às obras audiovisuais. Por esse motivo, podem apresentar-se em diversas formas, como a concessão de prêmios e bolsas ou a abertura de salas públicas de cinema voltadas para a exibição de conteúdo nacional. A seguir, trazemos uma síntese cronológica dessas políticas, destacando aquelas de maior orçamento, perenidade e destaque institucional na esfera do Governo Federal.²⁷

No âmbito da Lei Rouanet, considerando a série histórica de 1992 a 2016, os projetos de audiovisual representaram cerca de 10,76% do total de projetos aprovados

26 Cf. Câmara dos Deputados (2010).

27 Para abordagens mais aprofundadas sobre as políticas brasileiras de apoio ao audiovisual, cf. Ancine (2013); Itaú Cultural (2010); Morais (2015); Santos, Coutinho (2012); Solot (2012).

para captação. Apesar de contemplar diversos tipos de iniciativas no setor, a maioria dos projetos voltou-se para a produção e difusão de obras audiovisuais:

Tabela 6. Número de projetos de audiovisual aprovados no âmbito da Lei Rouanet (1992-2016)

	Projetos aprovados	% em relação ao total	Valores captados (R\$ em milhões)	% em relação ao total
Produção Cinematográfica (curta, média e longa)	4.676	43,0	364,5	25,6
Difusão (inclusive de acervo)	3.213	29,5	733,4	51,4
Multimídia	771	7,1	29,8	2,1
Produção Vídeofonográfica	456	4,2	4,3	0,3
Formação, intercâmbio e pesquisa	410	3,8	48,8	3,4
Produção televisiva	375	3,4	93,5	6,6
Rádio/TVs Educativa (comerciais e não comerciais)	219	2,0	34,1	2,4
Distribuição e exibição	204	1,9	33,5	2,4
Preservação e restauração de acervo e memória audiovisual e cinematográfica	170	1,6	69,8	4,9
Projetos audiovisuais transmidiáticos	105	1,0	2,7	0,2
Produção radiofônica	96	0,9	2,3	0,2
Outros (infraestrutura técnica, jogos eletrônicos e manutenção de salas)	91	0,8	5,5	0,4
Produção de Obras seriadas	92	0,8	3,5	0,3
TOTAL	10.878	100,0	1425,7	100,0

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do SalicNet, do Ministério da Cultura.

A Lei do Audiovisual (Lei nº 8.685/1993), de modo semelhante à Lei Rouanet, também prevê incentivos fiscais para pessoas físicas ou jurídicas tributadas no lucro real que sejam apoiadoras de projetos voltados especificamente para essa área. O diploma prevê dois mecanismos: (i) o investimento, no qual os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias referentes a investimentos feitos mediante a aquisição de quotas representativas de direitos de comercialização sobre as obras, em ativos previstos em lei e autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM); e (ii) o patrocínio à produção de obras cinematográficas brasileiras de produção independente, que poderá ser igualmente deduzido do imposto de renda devido.

Em qualquer um dos casos, os projetos precisarão ser previamente aprovados pela Agência Nacional de Cinema (ANCINE), entidade criada pela Medida Provisória nº 2.228-1/2001, com as atribuições de fomento, regulação e fiscalização do mercado cinematográfico e audiovisual. A agência também atua no fomento direto, apoiando projetos por meio de editais e seleções públicas, de natureza seletiva ou automática, com base no desempenho da obra no mercado ou em festivais, o que inclui a realização do *PAR – Prêmio Adicional de Renda* e do *PAQ – Programa ANCINE de Incentivo à Qualidade do Cinema Brasileiro*.

A MP nº 2.228-1/2001 também previu outro incentivo fiscal de abatimento do Imposto de Renda devido para àqueles contribuintes que aportarem nos Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional (FUNCINES). Além disso, impôs a obrigatoriedade de uma cota de exibição de filmes nacionais por ano nos cinemas. Para 2015, o Decreto nº 8.386/2014, determinou que

complexos de uma sala devem exibir filmes brasileiros por, pelo menos, 28 dias no ano – e, ao menos, três títulos diferentes. A cota varia de acordo com o porte do complexo, até o máximo de 63 dias (em média) por sala, para complexos de 7 salas – que devem exibir, ao menos, 11 filmes nacionais diferentes. O número mínimo de títulos brasileiros diferentes também aumenta progressivamente até chegar aos 24, para complexos com 16 ou mais sa-

las (Planalto, 2014).²⁸

Além disso, a ANCINE é responsável pela gestão dos recursos do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), criado pela Lei nº 11.437/2006 e regulamentado pelo Decreto nº 6.299/2007 como uma programação específica do Fundo Nacional de Cultura (FNC). Os recursos que compõem o Fundo Setorial do Audiovisual são oriundos do Orçamento da União e provêm de diversas fontes, mas principalmente da arrecadação da CONDECINE – Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional. O FSA é responsável pelo custeio do *Programa Brasil de Todas as Telas*, maior programa de desenvolvimento do setor audiovisual já construído no Brasil, que conjuga diferentes modalidades de operação financeira, articula parcerias público-privadas e propõe novos modelos de negócios.

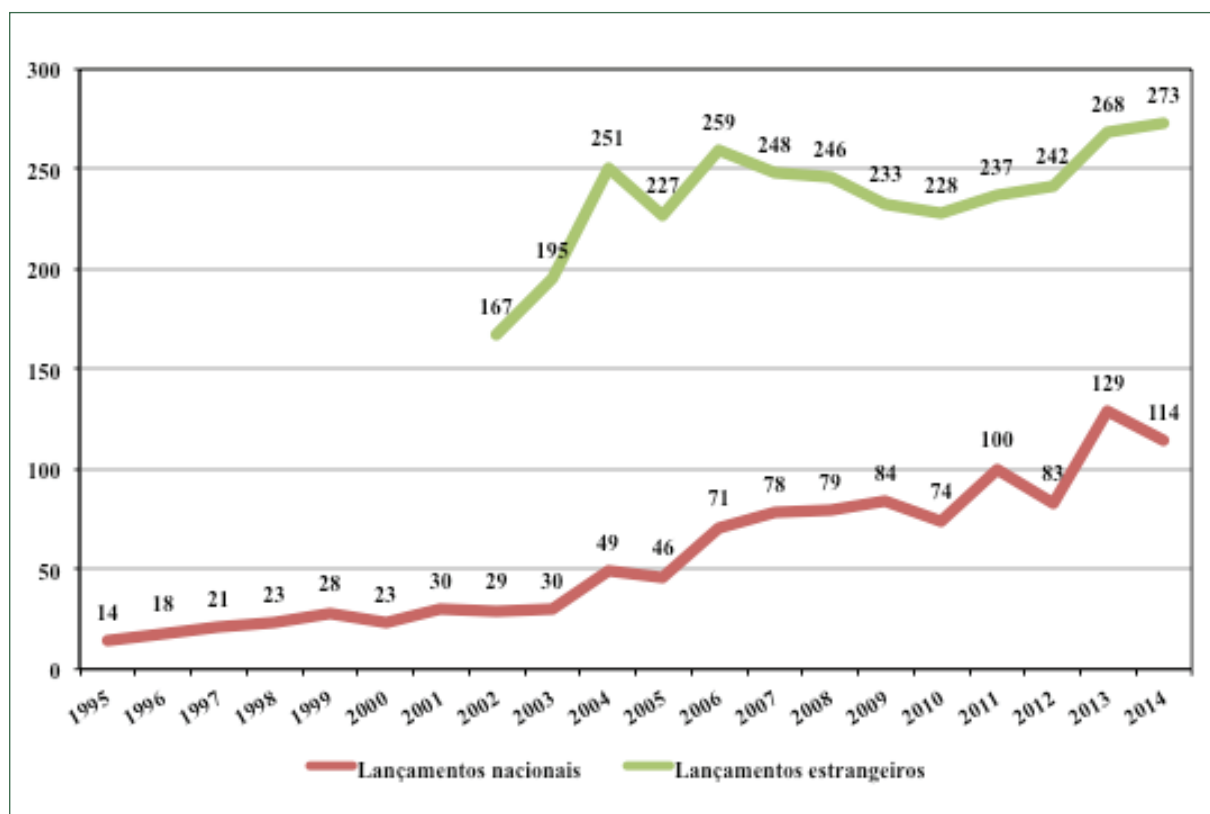
Em 2011, a Lei nº 12.485, criou reservas para canais e programação nacional e independente na *comunicação audiovisual de acesso condicionado* (popularmente conhecida como TV por assinatura). A obrigatoriedade de cumprimento das cotas elevou a demanda no mercado por conteúdo nacional, fazendo, por conseguinte, aumentar o número de empregos, produtoras e agentes envolvidos na produção de obras audiovisuais.²⁹

Com a Lei nº 12.761, de 2012, foi instituído o *Programa de Cultura do Trabalhador*, mais conhecido como *Vale-cultura*, benefício de R\$ 50,00 mensais concedido pelo empregador para os trabalhadores como incentivo ao consumo de produtos e serviços culturais. As empresas tributadas com base no lucro real que concederem o *Vale-cultura* poderão deduzir até 1% dos gastos do Imposto de Renda devido. De acordo com o artigo 2º, §2º, inciso III, da mesma lei, atividades ligadas ao audiovisual (como o cinema) poderão ser consumidas pelo trabalhador com o uso do vale. Ainda em 2012, também com a finalidade de ampliar o acesso, a Lei nº 12.599 instituiu o *Programa Cinema Perto de Você*, visando multiplicar o número de salas no país.

28 Sobre essa questão, cf. Ancine (2015b); Calabre (2009).

29 Cf. Portal Brasil (2013), Rangel (2015), Lima (2015).

Gráfico 5. Total de filmes lançados no Brasil (1995-2014)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual, da Ancine.

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), por sua vez, passou a oferecer linhas especiais de financiamento para o setor como o *Programa BNDES para o Desenvolvimento da Economia da Cultura-Procult* e o *PROTVD Conteúdo*. Ambas apresentam condições mais vantajosas aos proponentes, como taxas de juros reduzidas, maior tempo de carência e amortização, bem como possível dispensa de garantias. Entre 1995 e 2012, o banco desembolsou na cadeia do audiovisual cerca de R\$ 517 milhões. No âmbito do *Procult*, a maior parte das operações foi para o custeio de projetos de exibição (65,7%), seguidos por projetos de produção (14,49%), de infraestrutura (11,44%) e de distribuição (8,38%).³⁰

Em síntese, no caso do audiovisual, o conjunto de políticas de apoio e fomento que se consolidou nos últimos vinte anos permite duas constatações: a pre-

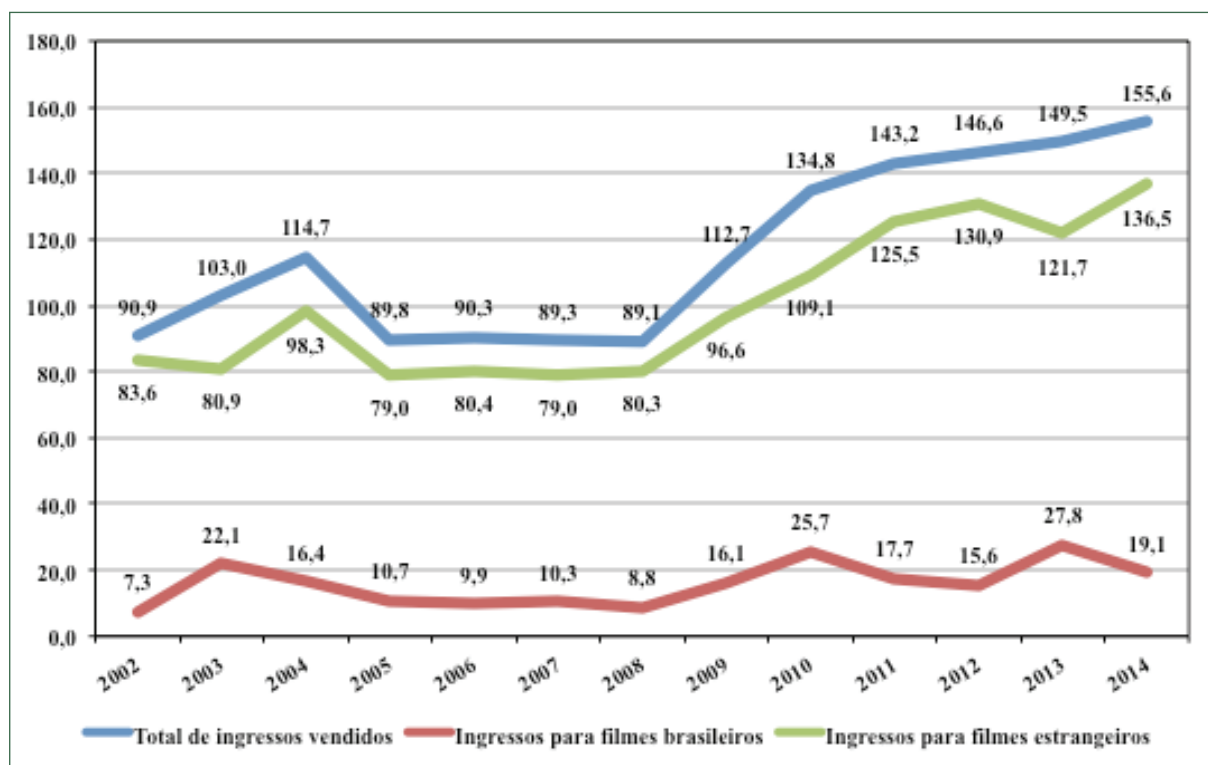
dominância do uso de instrumentos de incentivo fiscal e o enfoque na produção de obras, sobretudo, de longa-metragens. No entanto, apesar dos esforços do Governo Federal durante os últimos cinco anos para transformar tal realidade, os desafios permanecem, conforme veremos no tópico seguinte.

4 Diagnóstico dos resultados do conjunto de políticas adotadas

O conjunto de políticas públicas de apoio e fomento ao audiovisual descritas no tópico anterior viabilizou um expressivo crescimento do setor. Entre 2007 e 2013, o valor adicionado do audiovisual cresceu cerca de 65,8%, o equivalente a uma expansão anual de 8,8% e significativamente superior a todos os outros setores da economia (ANCINE, 2015c). Nesse contexto, a produção nacional de filmes passou de 14, em 1995, para 114, em 2014:

30 Cf. Ramundo (2012); Gorgulho, Goldenstein, Alexandre, Mello (2009); Mello, Goldenstein, Ferraz (2013).

Gráfico 6. Evolução da venda de ingressos no Brasil (2002-2014)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual, da Ancine.

Porém, apesar desse expressivo crescimento, a participação de filmes brasileiros na bilheteria e na renda dos cinemas manteve-se praticamente estagnada ao longo dos anos.

Produzimos mais sem, no entanto, expandir a renda do setor audiovisual nacional. Em 2002, as obras nacionais representavam cerca de 8,0% do total de ingressos vendidos. Já em 2014, essa participação aumentou apenas para 12,3% do total:

Tabela 7. Participação de filmes brasileiros em relação ao total de ingressos vendidos (2002-2014)

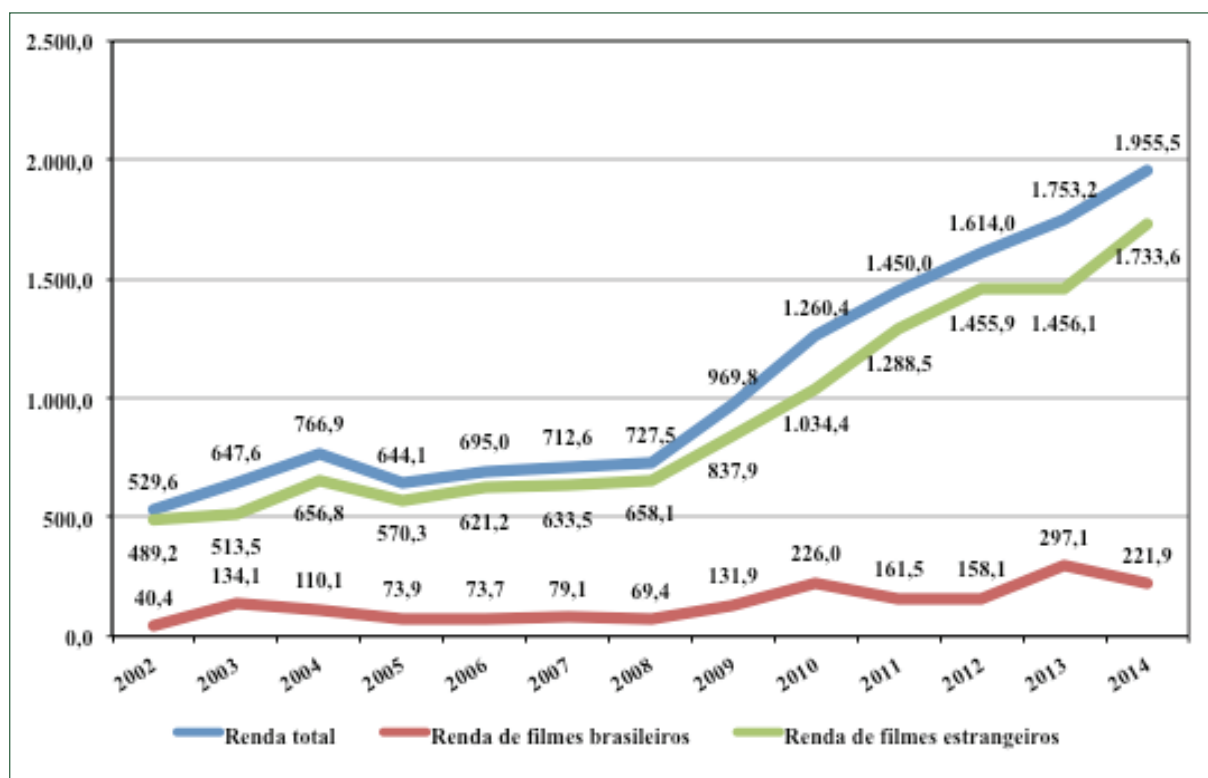
Ano	Participação de filmes brasileiros em relação ao total de ingressos vendidos (%)
2002	8,0
2003	21,4

2004	14,3
2005	12,1
2006	11,5
2007	9,9
2008	14,3
2009	14,3
2010	19,1
2011	12,4
2012	10,7
2013	18,6
2014	12,3

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual, da Ancine.

Deste modo, a despeito do crescimento na produção, a maior parte das receitas continuou sendo

Gráfico 7. Evolução da receita de bilheteria no Brasil (2002-2014)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual, da Ancine.

absorvida pelas produtoras estrangeiras, já consolidadas nos mercados nacional e internacional, com capacidade de investir em campanhas maciças de *marketing* e de controlar os melhores espaços de distribuição de seu conteúdo. Estamos nos referindo, pois, a estúdios como WarnerBros. e Disney, que hoje já não dependem de instrumentos públicos de fomento, como acontece com a nascente indústria brasileira.

Em nosso entender, a superação dessa situação está ligada, principalmente, à questão do acesso e da ineficiência do atual conjunto de políticas para lidar com quatro principais gargalos: (i) precária infraestrutura de exibição; (ii) pouca capacidade de distribuição do conteúdo nacional; (iii) baixa qualificação da mão-de-obra; e (iv) formação de público.

As décadas de 1980 e 1990 foram marcadas pelo encolhimento do parque exibidor brasileiro. A retomada do aumento do número de salas ocorreu somente com o fortalecimento dos *multiplexes*, a partir de 1997, e, mais recentemente, com o Programa Cinema

Perto de Você (ANCINE, 2015a). De acordo com levantamento do IBGE, o número de municípios com equipamentos culturais e meios de comunicação cresceu vagarosamente entre 1999 e 2012, passando de 7,2% para 10,7% e chegando a encolher no ano de 2014 (IBGE, 2015):

Tabela 8. Percentual de municípios com salas de cinemas (%)

Ano	% em relação ao total de municípios
1999	7,2
2001	7,5
2005	9,1
2006	8,7
2009	9,1
2012	10,7
2014	10,4
Variação no período	19,5

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

No que tange a distribuição de conteúdo nacional, pode-se dizer que a internet abriu novas possibilidades de divulgação de obras brasileiras em plataformas como o YouTube e o Netflix. Porém, em mercados tradicionais e consolidados como os de cinema e TV por assinatura, a produção nacional ainda precisa disputar espaço com o poder econômico, simbólico e político da produção estrangeira. Afinal, os *blockbusters* americanos continuam sendo a principal aposta para garantir maior rentabilidade financeira.³¹ Não por outro motivo foram instituídas políticas de cotas de programação naqueles mesmos meios.³²

A questão da mão-de-obra é tema especialmente delicado. Dentre a própria classe artística, falar em qualidade técnica ou estética da produção nacional é um forte tabu. Entretanto, quando tratamos de qualificação da mão-de-obra, nos referimos também à capacidade de inovar e empreender, de formatar projetos para linhas de incentivo, de conceber o projeto de audiovisual a partir de metas bem definidas, de produzir em grande escala e assim por diante. Segundo o IBGE, em 2014 somente 11 estados promoveram cursos na área de cinema. No mesmo período, apenas 8 estados promoveram cursos na área de vídeo. Quando tratamos das políticas municipais, a escassez de oportunidades de qualificação de mão de obra é ainda mais grave. Ainda que tenham aumentado desde 2006, quando somente 2,3% e 2,1% dos municípios tinham cursos de capacitação ou profissionalizantes para atividades de cinema e vídeo, respectivamente, continuamos em patamares risíveis uma vez que, atualmente, somente 5,0% e 3,4% dos municípios têm cursos de capacitação ou profissionalizantes para atividades de cinema e vídeo, respectivamente (IBGE, 2015).

Finalmente, argumentamos que é necessária uma política consistente de formação de um público habituado e, mais do que isso, instigado a consumir

31 “Entre os meses de maio e julho, são lançados os *blockbusters* do verão norte-americano. Agosto e setembro costumam ser meses não tão ruins para os filmes brasileiros. Em outubro e novembro, uma série de festivais e mostras nas principais cidades do Brasil em geral adia as estreias dos filmes nacionais; porém, como não necessariamente as salas são dominadas pelo produto estrangeiro, trata-se de uma época interessante. O período entre dezembro e fevereiro costuma ser dedicado ao lançamento dos filmes indicados ao Oscar” (Ballerini, 2012, p. 106).

32 Cf. Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e Lei nº 12.485/2011.

conteúdo nacional, o que dependerá essencialmente da construção de um genuíno interesse social pela cultura nacional e da democratização de seu acesso. Neste sentido, pesquisa publicada em 2015 pela consultoria JLeiva Cultura e Esporte, que ouviu cerca de 8 mil pessoas em 21 cidades do estado de São Paulo, revelou que as principais barreiras de acesso ao cinema são, respectivamente: falta de interesse (41%), questão econômica (19%), falta de costume (16%), falta de tempo (12%) e distância da casa (9%) (JLeiva, 2014).

Iniciativas de formação de público ainda são muito recentes e extremamente limitadas no Brasil. Por exemplo, apesar de 19 estados terem apoiado e 10 terem promovido festivais mostras de cinema/vídeo em 2014, somente 12 apoiaram e 10 promoveram a preservação, conservação e recuperação de acervos documentais, 12 apoiaram e 6 promoveram atividades cineclubistas, 7 apoiaram e 7 promoveram a preservação, conservação e recuperação de acervos audiovisuais e 7 apoiaram e 6 promoveram a preservação, conservação e recuperação de acervos de filmes em curta, média e longa-metragem. No âmbito municipal a situação é muito semelhante: estima-se que somente 22,4% dos municípios promovem diretamente ou apoiam financeiramente atividades audiovisuais, 12,8% promovem diretamente ou apoiam financeiramente atividades cineclubistas, 3,5% promovem diretamente ou apoiam financeiramente a preservação, conservação e recuperação de acervos de filmes em curta, média e longa metragem, 5,1% promovem diretamente ou apoiam financeiramente a preservação, conservação e recuperação de acervos audiovisuais, 15,1% promovem diretamente ou apoiam financeiramente a preservação, conservação e recuperação de acervos documentais e apenas 6% dos municípios brasileiros apoiam financeiramente a produção de filmes de curta, média e/ou longa metragem (IBGE, 2015).

Diante do exposto, é possível concluir que as políticas de apoio e fomento ao audiovisual consolidadas nos últimos anos ajudaram a impulsionar o crescimento econômico do setor e a alavancar a produção de conteúdo nacional. Porém, esse movimento virtuoso não foi acompanhado por políticas consistentes para outras partes da cadeia produtiva, como distribuição

e consumo. Vejamos a seguir algumas considerações sobre uma possível e necessária correção de rumos.

5 Considerações finais: corrigindo rumos

O conjunto de políticas de apoio e fomento ao audiovisual que se consolidou durante os últimos vinte anos alcançou significativos avanços no aumento da produção nacional e do número de salas de cinema, na geração de emprego, na melhoria da qualidade das obras e da mão-de-obra e na dinamização de parcerias e coproduções.³³ Porém, o Brasil ainda está longe da concretização dos objetivos constitucionais, sobretudo de garantir o *pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional*. Note-se, por exemplo, que as metas do Plano Nacional de Cultura, em revisão este ano, estão passando por alterações para buscar resultados mais modestos do que aqueles previstos cinco anos atrás (Ministério da Cultura, 2011).

Não por acaso, a ANCINE, a partir de recursos provenientes do Fundo Setorial do Audiovisual, tem redirecionado esforços para sanar os gargalos da cadeia produtiva do setor. De acordo com a agência, existem três grandes desafios para as políticas públicas de audiovisual: expandir o mercado, universalizar o acesso e tornar o Brasil um forte produtor e programador. Os dois primeiros estariam relacionados à estrutura reduzida dos serviços audiovisuais e sua concentração geográfica e social. O terceiro derivaria do baixo volume de investimentos, das deficiências na oferta de mão de obra, na falta de roteiros e projetos, da desigualdade regional, da baixa participação de distribuições e programadoras e da carência de investimentos em tecnologia e serviços (ANCINE, 2015a).

Em 2014, no contexto do *Programa Brasil de Todas as Telas*, a ANCINE propôs as seguintes soluções: estímulo à desconcentração regional através de iniciativas como as Linhas de Arranjos Regionais e Produção de Conteúdos Destinados às TVs Públicas, a ampliação do investimento no Desenvolvimento de Projetos e na implantação de Núcleos Criativos em todas as regiões do País, o fortalecimento da articulação entre produtores independentes, assim como

33 Cf. ANCINE (2015c); ANCINE (2015); Ministério da Cultura (2016).

distribuidores e programadores, através de linhas voltadas ao financiamento de Carteira de Projeto de Desenvolvimento e Produção e a implantação de linhas de operação descentralizada em parceria com outros órgãos e entes da federação (ANCINE, 2015a).

Ainda que concordemos com boa parte do diagnóstico e prognóstico oferecidos pela ANCINE, defendemos que, em primeiro lugar, é necessário aprimorar os atuais instrumentos de produção de indicadores e avaliação de resultados. Em segundo, políticas públicas de cultura (nas quais se incluem as políticas para o audiovisual) precisam ser transversais, ou seja, de responsabilidade de todos os órgãos e entidades públicos. Como garantir o acesso a filmes legendados se parte significativa da população ainda é analfabeta funcional? Como alavancar o desenvolvimento de novas tecnologias e plataformas como o Netflix? Como incentivar a exportação do conteúdo nacional? Frise-se: a cultura não é ou não deveria ser apenas objeto do Ministério da Cultura, das Secretarias de Cultura e suas entidades vinculadas.³⁴

Mesmo com todos os problemas associados aos gastos indiretos com cultura, é insustentável defender a extinção das leis de incentivo em um contexto em que os gastos diretos com cultura são frequentemente exíguos e permanentemente contingenciados. Sem embargo, questionamentos sobre a conveniência da atuação do Estado no campo da cultura, assim como a eficiência, eficácia e efetividade de programas de fomento direto ou indireto, continuam sendo necessários. Mais que isso, ainda estamos carentes de bons e claros instrumentos de modelos de governança e de avaliação dessas políticas públicas, sejam eles jurídicos ou econômicos.³⁵

A Constituição Federal deixou evidente *aonde queremos chegar*. Agora, cabe a nós a tarefa de forjar os meios adequados para concretizar tais *fins*.

34 Aliás, sempre oportuno transcrever a irretocável passagem de Celso Furtado (2007, p. 70): “Se a política do desenvolvimento objetiva enriquecer a vida dos homens, seu ponto de partida terá que ser a percepção dos fins, dos objetivos que se propõe alcançar os indivíduos e a comunidade. Portanto, a dimensão cultural dessa política deverá prevalecer sobre todas as demais.”

35 Sobre a avaliação de políticas econômicas envolvendo gastos diretos e indiretos, conferir Andrade (2016) e Andrade (2015).

6 Referências

- Afonso da Silva, J. (2001). *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros.
- Alcântara, R. (2014). *Mercado Audiovisual Brasileiro: Políticas Públicas, Avanços e Perspectivas*. Apresentação realizada para o Brasil Cinemundi. AN-CINE. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/apresentacoes/Rosana%20Brasil%20Cinemundi_v3.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- Amora, D. (2016). *TCU proíbe Lei Rouanet para projetos com fins lucrativos e autossustentáveis*. *Folha de São Paulo*. Publicado em 04.02.2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1736700-tcu-proibe-lei-rouanet-para-projetos-com-fins-lucrativos-e-autosustentaveis.shtml>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- ANCINE (2013). *Plano de diretrizes e metas para o audiovisual: o Brasil de todos os olhares para todas as telas*. 1. ed. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/folhetos/PDM%202013.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- ANCINE (2015). *Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro*. Brasília. Disponível em: <http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/DadosMercado/Anuario_Estatistico_do_Cinema_Brasileiro_2014.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- ANCINE (2015a). *Brasil de Todas as Telas – Ano 2*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/apresentacoes/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Manoel%20Lan%C3%A7amento%20BrTT%202.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- ANCINE (2016). *Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA*. Brasília: ANCINE. Disponível em: <<http://oca.ancine.gov.br/>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- ANCINE (2015b). *Publicado decreto que estabelece a Cota de Tela para 2015*. Sala de Imprensa, 5 jan. 2015. Disponível em: <<http://ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/publicado-decreto-que-estabelece-cota-de-tela-para-2015>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- ANCINE (2015c). *Valor adicionado pelo setor audiovisual – Estudo Anual 2015*. Observatório Brasileiro de Cinema e do Audiovisual. Disponível em: <<http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/Estudos/VALOR-ADICIONADO-PELO-SETOR-AUDIOVISUAL.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- Andrade, J. M. A. de (2015). *A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos*. Consultor Jurídico, 30 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-30/estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Andrade, J. M. A. de (2016). *Avaliação de eficiência e efetividade é necessária em nossa política econômica*. Consultor Jurídico, 21 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/estado-economia-avaliacao-eficiencia-necessaria-nossa-politica-economica>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Augustin, A. C. (2009). *O neoliberalismo e seu impacto na política cultural brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Apresentado no II Seminário Internacional Políticas Culturais. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Políticas_Culturais/II_Seminario_Internacional/FCRB_AndreAugustin_O_neoliberalismo_e_seu_impacto_na_politica_cultural_brasileira.pdf>. Acesso realizado em 11 jul. 2016.
- Ballerini, F. (2012). *Cinema brasileiro no século XXI*. São Paulo: Summus Editorial.
- Calabre, L. (2005). *Política Cultural no Brasil: um histórico*. I Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecul2005/LiaCalabre.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016.
- Calabre, L. (2007). *Políticas Culturais no Brasil: balanço e perspectiva*. III Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Disponível em: <http://www.guiacultural.unicamp.br/sites/default/files/calabre_l_politicas_culturais_no_brasil_balanco_e_perspectivas.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2016.
- Calabre, L. (2009). *Políticas Culturais no Brasil: dos anos 1930 ao século XXI*. FGV: Rio de Janeiro.
- Câmara dos Deputados (2010). *Projeto de Lei n.º 6722/2010*. Assinado pelos Ministros João Luiz Silva Ferreira, Paulo Bernardo Silva, Guido Mantega, Tarso Fernando Herz Genro. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B500F553BA90BB119E3FD7840AE7630A.proposicoesWeb2?codteor=730738&filename=PL+6722/2010>. Acesso em:

- 16 jun. 2016.
- Cesnik, F. de S. (2007). *Guia do Incentivo à Cultura*. 2 ed. Manole: São Paulo.
- Chapentreau, J. (2012). *Por uma política cultural*. In: Poirrier, P. (org.). *Cultura e Estado: a política cultural na França, 1955-2005*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural.
- Comissão de Direitos Autorais, Direitos Imateriais e Entretenimento (2015). *Guia do produtor audiovisual*. OAB RJ: Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.oab-rj.org.br/arquivos/files/-Comissao/produtor_audiovisual.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Congresso Nacional (1991). *Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 1448/1991*. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192259>. Acesso realizado em 11 jul. 2016.
- FGV (2015). *A Cultura na Economia Brasileira*. Revista FGV Projetos nº 23. FGV: Rio de Janeiro.
- Furtado, C. (2007). *O capitalismo global*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra.
- Gatti, A. P. (2006). *Investimento no cinema brasileiro na Retomada (1994-2003)*. FACOM n.º 16. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/revista_facom/facom_16/gatti.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Gorgulho, L.; Goldenstein, M.; Alexandre, P. V. M.; Mello, G. A. T. (2009). *A economia da cultura, o BNDES e o desenvolvimento sustentável*. BNDES Setorial nº 30. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3007.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (2015). *Perfil dos Estados e dos Municípios Brasileiros: Cultura 2014*. IBGE: Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95013.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- Ikeda, M. (2011). *Estado e cinema no início do século XXI: características de formação da ANCINE*. Fundação Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2011/11/Marcelo-Ikeda.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Ikeda, M. (2012). *Uma análise das leis de incentivo fiscal para o cinema brasileiro sob a ótica da captação de recursos incentivados*. Fundação Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Marcelo-Ikeda.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Itaú Cultural (2009). *Revista Observatório Itaú Cultural – OIC*, São Paulo, SP, nº 7, jan./mar. 2009.
- Itaú Cultural. (2010). *Revista Observatório Itaú Cultural – OIC*, São Paulo, SP, nº 10, set./dez. 2010.
- JLEIVA. (2014). *Pesquisa Hábitos dos Paulistas*. Disponível em: <http://jleiva.com.br/pesquisa_sp/index.html>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Lima, H. S. (2015). *A Lei da TV Paga: impactos no mercado audiovisual*. Dissertação apresentada à Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de mestre em Meio e Processo Audiovisuais. Universidade de São Paulo: São Paulo.
- Lima, L. P. B.; Ortellado, P.; Souza, V. de. (2013). *O que são as políticas culturais? Uma revisão crítica das modalidades de atuação do Estado no campo da cultura*. IV Seminário Internacional de políticas culturais. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2013/11/Luciana-Piazzon-Barbosa-Lima-et-alii.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- Mello, G.; Goldenstein, M.; Ferraz, R. (2013). *O audiovisual brasileiro em um novo cenário*. BNDES Setorial nº 38. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2532/1/BS%2038%20o%20audiovisual%20brasileiro_P.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- Ministério da Cultura (2010). *Nova Lei da Cultura*. Material informativo sobre o projeto de lei de fomento e incentivo. Brasília. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/01/projeto-15-28jan10-web.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Ministério da Cultura (2011). *Metas do Plano Nacional de Cultura*. Brasília. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10883/11294/METAS_PNC_final.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Ministério da Cultura (2016). *Plano Nacional de Cultura: relatório 2015 de acompanhamento das metas*. Brasília. Disponível em: <http://pnc.culturadigital.br/wp-content/uploads/2016/05/RELAT%3%93RIO-COMPILADO_2015-1.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.
- Ministério da Cultura (2016). *SalicNet – Sistema de*

- Apoio às Leis de Incentivo à Cultura*. Brasília: Ministério da Cultura. Disponível em: <<http://sistemas.cultura.gov.br/salicnet/Salicnet/Salicnet.php>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- Mioto, R. (2013). *Lei Rouanet banca igreja, ponte, Oktober e festa da Mancha Verde*. Folha de São Paulo. Publicado em 01 set. 2013.
- Morais, K. (2015). *A Política de fomento ao audiovisual no Brasil e o lugar da TV*. VI Congresso da Compólitica – Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2015/04/GT7-Morais.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016
- Nascimento, A. F. (2008). *Política Cultural e Financiamento do Setor Cultural*. IV Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14368.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- Oliveiri, C. (2013). *Guia Brasileiro de Produção Cultural*. SESC: São Paulo.
- Planalto (2014). *Decreto n.º 8.386, de 30 de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição de obras audiovisuais e cinematográficas brasileiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8386.htm>. Acesso realizado em 11 jul. 2016.
- Portal Brasil (2013). *Lei da TV por assinatura impulsiona crescimento do mercado de audiovisual*. Portal Brasil, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2013/06/brasileiros-investem-cada-vez-mais-em-tv-por-assinatura>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- Ramundo, J. (2012). *BNDES e a Economia Criativa*. Seminário Desenvolvimento Regional: Avaliação, Desafios e Perspectivas. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/seminario/s_DesenvRegionalNE_J_Ramundo.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.
- Rangel, M. (2015). *A estabilidade das conquistas da TV Paga*. Folha de São Paulo. Publicado em 23 jun. 2015. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/artigos/2015-06-23-Manoel-Rangel_FSP_TVpaga.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- Receita Federal do Brasil – RFB. (2015). *Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2015*. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-2015>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- Receita Federal do Brasil (2016). *Demonstrativos dos Gastos Tributários – DGT*. Publicado em 25 nov. 2014. Atualizado em 2 jun. 2016. Brasília: Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/demonstrativos-dos-gastos-tributarios-dgt>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- Reis, P. F. dos. (2011). *Estado e políticas culturais*. II Seminário Internacional Políticas Culturais.
- Sá, F.; Tardáguila, C. (2015). *Juca Ferreira abre fogo contra a Lei Rouanet*. O Globo. Publicado em 6 fev. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/juca-ferreira-abre-fogo-contra-lei-rouanet-15258675>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Santos, R. dos; Coutinho, A. (2012). *Políticas Públicas e regulação do audiovisual*. CRV: Curitiba.
- Senado Federal. *Siga Brasil*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrazil>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae (2015). *Estudo de inteligência do Mercado Audiovisual*. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/30ec0866a085430efae28fb30ec4f93/\\$File/5825.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/30ec0866a085430efae28fb30ec4f93/$File/5825.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Simis, A. (2015). *Estado e cinema no Brasil*. UNESP: São Paulo.
- Solot, S. (Org.). (2012). *The Brazilian Audiovisual Industry*. Latin American Training Center: Rio de Janeiro.
- Song, Y. (2012). *Audiovisual Services in Korea: Market Development and Policies*. ABDI Working Paper Series, nº 354, Asian Development Bank Institute. Disponível em: <<http://www.adb.org/sites/default/files/publication/156209/adbi-wp354.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- Viana, R. (2016). *Lei Rouanet é falha, mas com anuência do Ministério da Cultura*. Folha de São Paulo. Publicado em 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1741673-rouanet-e-falha-mas-com-anuencia-do-minc.shtml>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

AVALIAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO BRASILEIRA: uma abordagem metodológica interdisciplinar // *Taiana Fortunato Araújo*¹ e *Maria Tereza Leopardi Mello*²

Palavras-chave

lei de acesso à informação / eficácia / efetividade / direito e políticas públicas / avaliação

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Leis de acesso à informação: importância para o *accountability***
 - 2.1 A Lei de Acesso à Informação no Brasil (Lei n. 12.527/2011)
- 3 **Direito e Políticas Públicas na Análise da LAI**
 - 3.1 Os papéis do direito nas políticas públicas
 - 3.1.1 Quanto às finalidades
 - 3.1.2 Quanto aos destinatários da norma
 - 3.1.3 Os vários níveis de eficácia
 - 3.1.4 A eficácia e efetividade da LAI
- 4 **Estudos avaliativos sobre leis de acesso à informação**
 - 4.1 Estudos sobre LAI no Brasil
- 5 **Considerações finais**
- 6 **Referências**

Resumo

Este artigo tem por finalidade discutir o potencial de eficácia e efetividade da Lei de Acesso à Informação (LAI) no Brasil, considerando-a não como norma jurídica isolada, mas como parte integrante de uma política pública de transparência e *accountability*. Para isso, utilizamos uma abordagem interdisciplinar que conjuga elementos da discussão sobre o papel do direito nas políticas públicas e uma análise dos vários sentidos possíveis do conceito de eficácia do ponto de vista jurídico (tomado como elemento que une o mundo normativo ao mundo real). Efetuamos uma revisão não exaustiva da bibliografia internacional sobre estudos avaliativos de leis de acesso à informação; em relação ao Brasil, analisamos medidas de acompanhamento e avaliação da implementação da LAI feitas pela Controladoria-Geral da União (CGU), bem como a (ainda escassa) bibliografia acadêmica sobre o tema. Conclui-se que a eficácia jurídica da LAI depende, em primeira instância, da adesão integral do próprio Estado, ao editar as regulamentações específicas, sem as quais a aplicabilidade fica prejudicada. Em uma segunda instância, a eficácia jurídica tem como condição necessária, mas não suficiente, uma mudança de conduta dos gestores públicos no sentido da implementação da LAI nos diversos órgãos públicos. Transpondo a fronteira do público para a sociedade, que se utiliza dos mecanismos criados, a LAI seria completamente eficaz se atingisse seu objetivo primordial, que é permitir o acesso à informação pública, aumentando a transparência governamental. Já a efetividade, perpassaria o uso dado à informação por parte dos cidadãos, seja para fins particulares ou para *accountability* governamental.

1 Doutoranda em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (UFRJ/IE/PPED) / Analista no Inmetro (MDIC/INMETRO). E-mail: taianafortunato@gmail.com.

2 Doutora em Economia (UNICAMP) / Professora do Instituto de Economia da UFRJ. E-mail: leopardi@ie.ufrj.br.

IMPACT ASSESSMENT OF THE BRAZILIAN ACCESS TO INFORMATION ACT: an interdisciplinary methodological approach //

Taiana Fortunato Araújo and Maria Tereza Leopardi Mello

Keywords

access to information law / efficacy / effectiveness / law and public policy / evaluation

////////////////////////////////////

Abstract

This article aims to discuss the potential efficacy and effectiveness of the Access to Information Law (LAI) in Brazil, considering it not as an isolated legislation, but as part of public policy for transparency and accountability. For this, we use an interdisciplinary approach that combines elements of the discussion on the role of law in public policy and an analysis of the various possible meanings of the legal concept of efficacy (taken as element that combines the legal world with the real world). We have reviewed international assessment studies on access to information laws in other countries; with regards to Brazil, we analyze a few monitoring and assessment studies about LAI implementation made by the Controladoria-Geral da União (CGU)/Comptroller General of the Union, and the (still rare) academic literature on the subject. We conclude that the legal efficacy of LAI depends, in first instance, on the full adhesion of the State, which has to enact specific regulations without which the LAI does not function well. In a second instance, legal efficacy has a necessary, but not sufficient condition, a change of conduct by public managers, responsible for LAI's implementation. This piece of legislation would have complete efficacy if it reached its primary goal of providing access to public information by increasing governmental transparency. Effectiveness, on the other hand, refers to the multiple uses of the information provided by citizens, both for individual objectives as well as governmental accountability.

1 Introdução

Este artigo tem por finalidade discutir o potencial de eficácia e efetividade da Lei de Acesso à Informação (LAI) no Brasil, considerando-a não como norma jurídica isolada, mas como parte integrante de uma política pública de transparência e *accountability*.³

Transparência e *accountability* são elementos essenciais da democracia e se reforçam mutuamente: a qualidade da democracia depende de cidadãos bem informados que participem efetivamente da vida pública, assim, a efetiva ampliação do direito de acesso à informação pública constitui um importante instrumento em prol de uma democracia mais participativa.

O direito de acesso à informação é protegido constitucionalmente em aproximadamente 60 países, havendo uma tendência crescente de edição de leis de acesso à informação no mundo, tanto em países desenvolvidos, quanto em desenvolvimento, com intuito de propiciar o exercício efetivo de tal direito. A Lei de Acesso à Informação (LAI) brasileira entrou em vigor em maio de 2012, consolidando o marco legal sobre o assunto e estimulando a mudança da cultura do trato da informação pública no Brasil.

Ao entrar em vigor, após 180 dias da promulgação, a LAI passou a gerar efeitos práticos imediatos, forçando a alteração do *modus operandi* da gestão e documentação da informação existentes nos órgãos públicos, muitos dos quais despreparados para atender os requerimentos de informação. O desafio de organizar, coordenar setores e publicar regularmente informações previstas no regulamento foi lançado.

3 Com o fim da ditadura militar e principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, há uma crescente edição de normativos e criação de instituições no sentido de promover transparência, controle e participação social às políticas governamentais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 (2000). Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Acesso em 10 jun. 2016, de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> e a criação da Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno do Poder Executivo Federal. A este conjunto, ainda que disperso e não sistematizado nominalmente na forma de uma política pública a que nos referimos no presente artigo como “Política Pública de Transparência e *Accountability*”.

Entretanto, foram criadas as condições físicas e financeiras para o atendimento dessas novas exigências? Mais que isso, tendo em vista que a Lei de Acesso à Informação do Brasil se constitui como um mecanismo indutor da mudança de cultura da gestão pública brasileira em prol de uma maior transparência e exercício da democracia, qual poderá ser o impacto da LAI na transformação da cultura do sigilo, tão arraigada na burocracia governamental? De que forma as informações solicitadas são atendidas e utilizadas? Há evidência de causalidade entre o acesso à informação e seu uso efetivo no *accountability* e controle social? Será que os dispositivos da Lei são implementados de modo a gerar as consequências desejadas? Essas são algumas das perguntas que devem ser respondidas em estudos avaliativos sobre a LAI.

Avaliar a LAI certamente é tarefa difícil e de bastante complexidade. Para tanto, propomos que a lei seja compreendida no seu contexto socioeconômico e burocrático de implementação e aplicação, o que requer o uso de um instrumental não restrito ao Direito, mas pertinente ao campo interdisciplinar da Avaliação de Políticas Públicas. Sua eficácia e efetividade precisam ser avaliadas tanto no âmbito da sociedade civil quanto no nas organizações públicas: é preciso identificar seus impactos positivos e negativos, previstos ou não previstos; é preciso entender o processo de sua implementação nos diversos órgãos do setor público.

Nosso estudo aqui é ainda preliminar; não temos as respostas a todas essas indagações, mas tentamos, como ponto de partida, construir uma metodologia de análise, destrinchando e identificando os vários elementos que compõem a eficácia e efetividade das normas jurídicas, aplicando a discussão ao caso específico da LAI. A metodologia que desenvolvemos parte do trabalho de Coutinho (2013), sobre os papéis do Direito nas Políticas Públicas, aos quais acrescentamos uma análise dos diferentes sentidos da eficácia das normas, visando compreender todo o processo pelo qual uma norma jurídica é implementada e provoca (ou não) efeitos no mundo real. Tal abordagem, acreditamos, é apta a, por um lado, superar os limites do normativismo, e por outro, adicionar elementos jurídicos de análise ao instrumental tradicional de avaliação de políticas públicas (que se concentra na, litera-

tura mais clássica, avaliação de impacto).⁴

Portanto, não se pretende na presente discussão, chegar ao ponto de propor um instrumento de avaliação, uma estratégia empírica consolidada, mas sim, iniciar uma discussão aplicada ao caso da LAI da importância de se enxergar esta norma para além da esfera normativa, lançando luz à discussão acerca dos efeitos no mundo real da ampliação do direito de acesso à informação pública.

Para isso, na seção dois, apresentamos uma visão panorâmica da importância das Leis de Acesso no mundo e como se deu a consolidação das normas de transparência das informações governamentais no Brasil. A seção três apresenta a abordagem utilizada para tratar a questão da eficácia e efetividade da LAI; nela se conjugam elementos da discussão sobre o papel do direito nas políticas públicas (Bucci, 2009; Coutinho, 2013) e uma análise dos vários sentidos possíveis do conceito de eficácia do ponto de vista jurídico (tomado como elemento que une o mundo normativo ao mundo real). Na quarta seção efetuamos uma revisão não exaustiva da bibliografia internacional sobre estudos avaliativos de leis de acesso à informação em outros países; em relação ao Brasil, analisamos algumas medidas de acompanhamento e avaliação da implementação da Lei n. 12.527 (2011) feitas pela CGU, bem como a (ainda escassa) bibliografia acadêmica sobre o tema.

2 Leis de acesso à informação: importância para o *accountability*

O acesso à informação pública é condição necessária para o *accountability* e para a legitimidade social de políticas e programas governamentais. O direito de acesso à informação é usualmente justificado como um instrumento promotor da participação política, sendo necessário à realização do direito básico de liberdade de opinião, garantido pela Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas e por grande parte das Constituições Nacionais (Neuman, 2002).

Além da proteção constitucional do direito de acesso à informação – que ocorre em aproximadamente 60 países –, há atualmente pelo menos 103 países com leis específicas para garantir esse acesso (Neuman, 2002).⁵ Espera-se que tais legislações possam contribuir (mandatoriamente) para o aumento da transparência e para uma mudança da cultura governamental de tratamento da informação, muitas vezes restrita ao alcance dos próprios gestores governamentais.

A LAI pode ser entendida como parte de uma política pública cujo objetivo é aumentar a transparência, o *accountability* e o controle social, funcionando como um instrumento de desincentivo à ação arbitrária do governo; seus efeitos são diversificados, como também o são as motivações para seu uso: a lei serve tanto para propiciar o conhecimento de dados referentes a políticas e programas governamentais em nível estratégico, quanto para atender a necessidades administrativas específicas de indivíduos e empresas (como pedidos de aposentadoria, regulamentações de produtos etc.). Neuman (2002) aponta haver evidências de que a maioria dos pedidos fundamentados em LAI's, na África, Ásia, Europa Ocidental, são deste último tipo, caso em que as leis fizeram com que as informações fossem fornecidas com maior celeridade e menos entraves burocráticos.

Segundo Neuman (2002), embora a tendência de edição de leis de acesso à informação seja crescente, as legislações variam bastante de país para país, em vários aspectos, dos quais destacamos:

- d. no que tange ao âmbito de abrangência da LAI, nem sempre a lei é aplicável às empresas privadas prestadoras de serviço comuns ao Estado (como limpeza ou manutenção predial, por exemplo) ou mesmo prestadoras de serviço público (concessionárias ou permissionárias de serviços públicos);
- e. praticamente todas as leis preveem uma classificação da informação em categorias de sigilo (de ultrassecreta a pública), bem como a necessidade de aceitar exceções, principalmente no que se re-

4 Para uma discussão acerca da evolução da Disciplina de Avaliação de Políticas Públicas e Programas ver Rossi, Lipsey & Freeman (2004) e Patton (2011).

5 Em 2002, eram apenas 45 países. Ver *Global Right to Information Rating*. Recuperado em 12 jun. 2016, de <<http://www.rti-rating.org/country-data>>

fere a informações de cunho pessoal. Não há, entretanto, um padrão sobre essas categorias;

- f. Discute-se a necessidade de se inserirem filtros rigorosos (ou mesmo taxas ou custos de processamento) para a análise e deferimento dos pedidos de acesso à informação, que se justificariam pelos custos administrativos (considerados não razoáveis se o pedido de informação é fraudulento ou incompleto);

Concedida a informação, ainda assim a LAI pode não ter efetividade como instrumento de *accountability* se o usuário não for capaz de entender a informação prestada, não gerando “empoderamento”. Daí a relevância de se prestar tal serviço com linguagem não-técnica e acessível a todos, sendo o nível educacional da população um aspecto crítico de sucesso de uma LAI (Neuman, 2002; Sen, 2010).

A despeito das diferenças, esse tipo de legislação, se efetivamente implementada, pode ser considerada um instrumento fundamental para a mudança da “cultura do segredo” na administração pública, o que depende em grande parte da vontade política dos governantes (Neuman, 2002, p. 26). Trata-se de um exemplo típico em que o direito cumpre o papel de apontar os fins de uma política pública (no sentido de “direito como objetivo”, definido por Coutinho, 2013).

Entretanto, aprovar uma LAI seria a parte mais fácil do processo de melhoria do acesso à informação, sendo a implementação nos órgãos públicos condição necessária ao êxito, que se traduz na efetividade da Lei.

2.1 A Lei de Acesso à Informação no Brasil (Lei n. 12.527 (2011))

A Constituição Brasileira de 1988 trata o acesso à informação como direito fundamental, assegurando, em geral, o acesso a informação, resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV) e particularmente em relação às informações do poder público (art. 5º, XXXIII):

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Outros dispositivos constitucionais também relacionados ao direito à informação encontram-se nos arts. 37, § 3º, II e 216, § 2º, que preveem edição de lei para gerir a documentação governamental e disciplinar as formas de acesso dos cidadãos a registros da administração pública.

A norma constitucional, de eficácia jurídica imediata e limitada, começou a produzir seus efeitos jurídicos a partir da edição de legislação infraconstitucional conexas, em 1991; mas somente em 2011, com a LAI, o marco regulatório sobre o acesso à informação pública foi consolidado, tornando o acesso a regra, e o sigilo, a exceção.

Antes da edição da LAI brasileira, o direito de acesso à informação previsto na Constituição era assunto tratado de maneira dispersa, assinalando as circunstâncias excepcionais mais do que garantindo condições para a transparência (Rigout, 2012).

A Lei n. 12.527/2011 foi uma importante alteração no marco legal, ao criar mecanismos efetivos para o exercício do direito de acesso à informação previsto pela Constituição Federal de 1988, regulando as disposições dos arts. 5º, XXXIII, 37, § 3º, II e 216 § 2º.

A LAI entrou em vigor em 16 de maio de 2012, obrigando todos os órgãos públicos – não só do Executivo (administração direta e indireta), mas também dos órgãos do Legislativo e do Judiciário e o Ministério Público de todas as esferas de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – cf. art. 1º. Também se subordinam as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos para realização de ações de interesse público (art.2º).

Em linhas gerais, a lei estabelece como dever do Estado a garantia do acesso à informação, de forma objetiva, clara, em linguagem de fácil compreensão (art. 5º), cabendo aos órgãos públicos a gestão transparente da informação, o que compreende a sua proteção, disponibilidade, autenticidade, integridade e eventuais restrições de acesso à informação sigilosa (art.6º), mediante procedimentos fundamentados em diretrizes de uma política de estímulo à cultura da transparência e ao controle social da administração pública (art. 3º).

As informações que podem ser obtidas com base na lei incluem tanto dados e informações primárias de gestão e execução física e financeira dos recursos do órgão, quanto informações relativas à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas (o que potencialmente permite o monitoramento, controle social e *accountability* das políticas públicas) (art. 7º).

As obrigações do poder público possuem tanto uma dimensão relacionada à chamada transparência passiva – o dever de informar mediante solicitação –, quanto uma dimensão de transparência ativa – o dever de tornar públicas as informações de interesse coletivo ou geral (art. 8º):

- a. no que se refere à transparência ativa, para o Poder Executivo Federal, as informações publicadas nos sítios de internet estão discriminadas no Decreto n. 7.724 (2012), art. 3º, dentre as quais destacamos:
 - I. estrutura organizacional, competências, legislação aplicável, principais cargos e seus ocupantes, endereço e telefones das unidades, horários de atendimento ao público;
 - II. programas, projetos, ações, obras e atividades, com indicação da unidade responsável, principais metas e resultados e, quando existentes, indicadores de resultado e impacto;
 - III. repasses ou transferências de recursos financeiros;
 - IV. execução orçamentária e financeira detalhada;
 - V. licitações realizadas e em andamento, com editais, anexos e resultados, além dos contratos firmados e notas de empenho emitidas.
- b. no que tange à transparência passiva, devem ser criados serviços de informações ao cidadão em todos os órgãos e entidades públicas, além da realização de audiências ou consultas públicas (LAI, art. 9º). No Poder Executivo Federal, está em operação o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-Sic), além de estruturas físicas em todos os órgãos e entidades.
 - I. mediante cadastro, qualquer pessoa física ou jurídica pode encaminhar pedidos de informação, acompanhar o andamento do pedido e entrar com recurso contra o indeferimento. A necessidade de identificação do requerente como pré-requisito de acesso e solicitação no Sistema está previsto nos Artigos 10 e 12;

- II. a solicitação deve ser atendida imediatamente, se disponível a informação, ou em até 20 dias, prorrogável por mais 10, mediante justificativa expressa ao demandante. Alternativamente, podem ser fornecidos meios para que o próprio demandante pesquise a informação de interesse (art. 11). Os critérios para indeferimento de pedidos de informação, assim como direitos, procedimentos e prazos para recurso também são previstos (arts. 11 a 20);

- III. o serviço deve ser prestado gratuitamente a todos, podendo ser cobrado apenas os custos de reprodução de documentos (art. 12).

Nos arts. 23 e seguintes, classifica-se a informação quanto ao grau e prazos de sigilo, suprimindo importantes lacunas existentes na legislação antecedente (Rigout, 2012). Os prazos de informações classificadas como ultrassecretas, secretas e reservadas foram definidos como 25, 15 e 5 anos, respectivamente, não sendo mais permitido renovar o *status* sigiloso (exceção ainda feita ao grau ultrassecreto). Expirado o prazo, a informação é automaticamente tornada pública. As circunstâncias que constituem “segurança do Estado e da sociedade” compreendem casos que envolvem defesa, desenvolvimento científico, inteligência, atividades de fiscalização e investigação de delitos e ameaças à estabilidade econômica, saúde e segurança dos cidadãos.

Estabelecem-se sanções, no caso de descumprimento da legislação. A sanção mínima para agentes públicos e militares é a suspensão, podendo responder por improbidade administrativa. Para entidade privada e pessoa física, as sanções previstas vão desde advertência e multa à rescisão do vínculo com o poder público e suspensão temporária da faculdade de participar de licitações e celebrar contratos com a administração pública.

Também se prevê que um órgão do poder executivo federal seja responsável:

- I. pela promoção de campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização do direito fundamental de acesso à informação;
- II. pelo treinamento de agentes públicos no que

se refere ao desenvolvimento de práticas relacionadas à transparência na administração pública;

- III. pelo monitoramento da aplicação da lei no âmbito da administração pública federal, concentrando e consolidando a publicação de informações estatísticas relacionadas no art. 30 (art. 41).

Pelo decreto regulamentador, a CGU⁶ foi designada como órgão responsável por essas atividades, monitorando a implementação da LAI no Poder Executivo Federal. Além da CGU, a Lei também determina a designação de uma autoridade de monitoramento para cada órgão e entidade, responsável por acompanhar a implementação, apresentar relatórios periódicos à CGU e assegurar o cumprimento da LAI. Com estas disposições, a lei incorpora em seu próprio corpo a sistemática do seu monitoramento e divulgação dos seus resultados, e torna o acesso à informação regra e assim, propicia um aumento da transparência e *accountability* e ao mesmo tempo permite o controle social dela mesma.

Em suma, a LAI a) estabelece e detalha os direitos e identifica seus possíveis sujeitos e as formas/meios de exercê-los; b) dispõe sobre instrumentos de garantia desses direitos, ao identificar as obrigações da autoridade pública e estabelecer sanções por descumprimento desses deveres; c) procura difundir e facilitar o conhecimento das ações do poder público ao estabelecer as regras de transparência ativa.

Por esse rápido exame dos principais dispositivos da lei, percebe-se que seu objetivo não é apenas estabelecer direitos pontuais à informação, que vise a manter uma situação existente, mas de toda uma política deliberada de mudança na forma de tratar as informações referentes às ações do poder públi-

6 A Controladoria-Geral da União foi criada em 28 de maio de 2003, para ser o órgão de controle interno anticorrupção do Poder Executivo Federal (para um histórico ver <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>>). Recuperado em 10 jun. 2016. Em 2016, no governo do Presidente Interino Michel Temer, a CGU antes subordinada à Presidência da República, ganhou status de ministério e passou a se chamar Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Tal reestruturação vem gerando vários questionamentos quanto à necessária independência e superioridade hierárquica que a atividade de controle requer.

co. Suas disposições são estruturadas e articuladas como parte integrante de uma política de incentivo à cultura da transparência, como uma via de mão dupla – tanto no sentido de propiciar maior transparência por parte dos órgãos públicos, como também no sentido de estimular os cidadãos a procurarem as informações e tomarem conhecimento das ações da administração pública.

Se os objetivos da lei são amplos, e não se resumem a aplicação pontual, em casos individuais, como, então, avaliar a sua eficácia e efetividade, entendida como alcance dos fins almejados pela política no plano real?

Uma vertente seria a da avaliação de impactos, em conformidade com as metodologias e técnicas de avaliação de políticas públicas. Isso, entretanto, pressupõe ter havido um lapso de tempo em que a lei tenha sido aplicada e tenha, eventualmente, causado impactos – a serem mensurados e avaliados, cotejados como os objetivos e finalidades da política. Nesse caso, uma das discussões seria sobre quais as variáveis a serem avaliadas, como mensurá-las etc.

No nosso caso, porém, dado que a lei é recente e que sua execução está apenas começando, pretendemos, então, abordar a questão da eficácia e efetividade – ao menos potencial – a partir da análise do processo de sua implementação. Tal abordagem será discutida na próxima seção.

3 Direito e Políticas Públicas na Análise da LAI

Nossa abordagem compreende a lei como parte integrante – não única, mas fundamental – de uma política pública de transparência e *accountability*. Nos termos da conceituação proposta por Bucci (2009), a LAI faz parte de um “arranjo institucional complexo” estruturado para a implementação de estratégias e programas de ação governamental por meio de processos juridicamente regulados (que pretendem ser meios adequados ao alcance de fins) (Bucci, 2009). Seu componente estratégico (sempre intrínseco à ideia de política pública, cf. Bucci) está expresso nas diretrizes e princípios orientadores da lei, “numa direção racionalmente concebida”.

Como parte de uma política pública, a avaliação da eficácia e efetividade da LAI requer o uso de um instrumental não restrito ao Direito, mas pertinente ao campo interdisciplinar da Avaliação de Políticas Públicas; essa abordagem permite ao pesquisador do direito compreender uma norma no seu contexto institucional (incluindo suas finalidades mais gerais) e não como norma isolada a ser interpretada conforme princípios lógico-abstratos de forma desvinculada de seus objetivos.

Propomos tratar a questão a partir de duas abordagens complementares: em primeiro lugar, identificando os papéis (ou as funções) que a lei pode desempenhar no contexto de uma política de transparência (e de *accountability*) de acordo com as categorias definidas por Coutinho (2013); em segundo, utilizando o conceito de eficácia das normas jurídicas como elo de ligação entre o mundo normativo (o dever-ser do enunciado normativo) e o mundo real dos impactos efetivos das políticas públicas.

3.1 Os papéis do direito nas políticas públicas

Avaliar eficácia e efetividade de uma lei (enquanto parte de uma política pública) implica verificar se os objetivos (da lei e da política) foram alcançados. Logo, supõe a identificação clara dos objetivos/finalidades da LAI e dos atores/agentes aos quais se dirige.

3.1.1 Quanto às finalidades

A LAI pode ser entendida como tendo a finalidade de, em primeira instância, (i) ampliar o acesso da população às informações produzidas e geridas no serviço público federal, estadual e municipal. Para isso cria direitos e deveres respectivos e dispõe sobre medidas programáticas (de transparência ativa e passiva).

Além disso, podem-se atribuir à LAI duas finalidades mais amplas: (ii) por um lado, provocar uma mudança na tradição da “cultura do segredo” para a da transparência como regra geral, de modo que tanto as autoridades públicas criem o hábito da publicidade, quanto os cidadãos se acostumem a acessar informações relevantes de interesse público; (iii) por outro lado, espera-se ainda que a LAI, uma vez devidamente implementada, se torne um meio para assegurar a participação democrática e o *accountability* de outras políticas.

Em relação ao primeiro objetivo, a lei pode ser entendida na sua função de “ferramenta”, *i.e.*, de instrumento para se alcançar maior transparência e participação dos cidadãos nas decisões da Administração Pública (Coutinho, 2013). Para saber se a lei cumpre esse papel, é preciso analisar se ela cria instrumentos adequados para se conseguir uma transparência real no funcionamento da Administração Pública. Eficácia, nesse caso, significa adequação entre meios e fins.

Em relação ao segundo objetivo (ii), a lei pode ser compreendida no seu papel de definir fins, *i.e.*, o direito positivo reflete opções políticas e as formaliza em normas cogentes, determinando o “dever-ser” (Coutinho, 2013). A decisão política (legislativa) dá origem a normas que transformam aquele objetivo de política em obrigação para as autoridades públicas. Ou seja, criam-se direitos e obrigações (ferramentas) que refletem os fins idealizados pela norma (direito-objetivo). Regras de transparência ativa, por exemplo, são normas programáticas que definem objetivos de políticas a serem buscados pelas autoridades públicas. Eficácia, nesse âmbito, significa conseguir que essa diretriz de política seja implementada em todos os órgãos públicos – e que se torne uma “política de estado” – *i.e.*, um fim a ser buscado qualquer que seja o governo do momento.

Finalmente, em relação à terceira finalidade (iii), a LAI pode ser entendida como “vocalizador de demandas” (Coutinho, 2013), viabilizando o *accountability* de outras políticas públicas. A questão, aqui, é saber se a lei é condição necessária e/ou suficiente para que essa participação efetivamente ocorra. É muito provável que não seja nem uma nem outra, mas sua existência deve, ao menos, fazer alguma diferença – no sentido de se incentivar e facilitar a participação e controle social. Neste contexto, eficácia significaria alcançar um aumento da participação efetiva dos cidadãos motivado pela lei.

Em suma, a lei é uma ferramenta (i) para uma finalidade em si mesma (ii), mas também para o objetivo de se tornar um meio (iii) eficaz de participação, transparência e controle de outras políticas.

A eficácia pode ser vista também da perspectiva dos diferentes agentes destinatários da LAI: as múltiplas

finalidades da lei, vistas acima, só se concretizarão se os agentes aos quais se destina efetivamente cumprirem suas regras e aproveitarem seus incentivos.

3.1.2 Quanto aos destinatários da norma
Podemos identificar duas categorias de “destinatários” desta norma de transparência:

- a. por um lado, agentes públicos (produtores e gestores da informação pública), a quem a lei atribui uma série de deveres (propiciar a publicidade das informações requisitadas e tomar medidas voltadas para “transparência ativa”). Agentes públicos devem ser entendidos tanto como as autoridades com poder de decisão política (a quem são dirigidas as normas que obrigam a implementação da lei enquanto política), quanto os funcionários que são obrigados a efetuar a publicação das informações requeridas;
- b. por outro lado, os cidadãos a quem a lei atribui direitos de solicitar informações do poder público. Os cidadãos não são obrigados a pedir informações, mas a lei, idealmente, espera incentivá-los a isso e, em o fazendo, que sejam capazes de usar bem a informação para participar, avaliar e/ou criticar as ações e políticas implementadas pelo estado.

3.1.3 Os vários níveis de eficácia

A eficácia da lei tem que ser avaliada no sentido de saber se (de fato ou potencialmente) a lei cumpre seus papéis (suas funções, descritas acima) no contexto de uma política pública de transparência e *accountability*, porque cria condutas regulares por parte de seus destinatários.

No caso da LAI, condutas regulares significam: por parte do gestor público, realizar a gestão da informação de modo a disponibilizar as informações geradas nos órgãos públicos ativamente, sem necessidade de provocação, ou se for este o caso, dar acesso imediato à informação solicitada. Já por parte dos cidadãos, demandar e utilizar a informação pública para fins particulares e, ainda mais relevante, para controle social das políticas públicas, potencializando o *accountability* governamental e contribuindo para uma melhoria da qualidade da democracia.

Naturalmente, isso depende não apenas do enuncia-

do normativo, mas do funcionamento real de todo aparato de aplicação da lei (*enforcement*). Entre o enunciado normativo e o resultado real de sua implementação há um caminho a ser percorrido – uma série de atos e decisões a serem tomadas (que importam e precisam ser analisados a fim de se compreender o processo pelo qual a lei impacta o mundo real).

Tendo essas considerações em vista, pode-se qualificar melhor o(s) sentido(s) da eficácia de um sistema normativo desdobrando-a em vários aspectos a fim de melhor entender o processo de implementação das políticas públicas (e como atuam os elementos jurídicos desse processo). Tais aspectos se relacionam às diversas finalidades que se pretendem alcançar no plano real (como visto acima):

- I. Juridicamente, pode-se definir eficácia como adequação da norma à produção de efeitos concretos, porque apresenta condições fáticas e/ou técnicas de atuar (Ferraz, 1988, p.181). Significa que ela tem potencial para produzir efeitos; sua implementação deve ser possível. Embora insuficiente, esse é um primeiro passo para se discutir se a norma atinge os objetivos para os quais foi criada. Entendemos que a *adequação* pode ser avaliada pela verificação das condições que tornam as obrigações exigíveis e os incentivos legais passíveis de utilização; depende, portanto, das circunstâncias e especificidades do caso concreto a ser analisado. Por exemplo, a edição de normas regulamentadoras, as possibilidades de gestão da informação ou a disponibilidade de ferramentas necessárias para exercer os direitos. São condições para que a norma possa ser aplicada.
- II. Num segundo sentido, uma norma será eficaz se cumprir sua finalidade direta – se for de fato observada pelos agentes do poder público, se for aplicada pelo Judiciário para a solução de conflitos concretos e se seu descumprimento provocar uma sanção punitiva (ou sua observância, uma sanção premial). Ou seja, a eficácia depende da implementação da lei.

Note-se, porém, que a implementação real depende da eficácia no sentido de adequação definido acima (I).

A avaliação, nesse caso, perpassa verificar se as obri-

gações legais são efetivamente cumpridas e em tempo razoável: no caso da LAI, seria necessário saber se as informações são de fato fornecidas ativamente, através da disponibilização de informações na internet ou passivamente, mediante pedido de informação.

III. Contudo, a aplicação da norma a conflitos concretos e conseqüentemente punição das transgressões não é a sua única – nem a principal – finalidade; a norma não visa apenas à aplicação de sanções, mas sim – e principalmente – à generalização da conduta prescrita. Espera-se algo mais da implementação da lei – que mude uma cultura, que mude comportamentos de autoridades, que mude comportamentos de indivíduos e da sociedade civil, que gere efetivamente maior participação democrática e *accountability*.

Nesse nível, a eficácia diz respeito à intenção da norma de induzir – preventiva e amplamente – um padrão de comportamento desejável. Os agentes destinatários se lhe submetem de forma preventiva; os comportamentos prescritos se tornam “normais”. Neste ponto, o conceito de eficácia está diretamente relacionado a uma conduta regular desejada dos destinatários da norma por parte dos tomadores da decisão normativa – entendidos não só como o poder legislativo, “autor” da Lei, mas também, em alguns casos, os formuladores de políticas públicas.

Trata-se, aqui, de saber se a norma produz efeitos no plano dos agentes destinatários. Quer dizer, a eficácia jurídica dependeria de uma mudança de comportamento dos destinatários da norma jurídica, de adesão ao comportamento idealmente previsto por ela.

Nesse aspecto, atingir esse objetivo depende da eficácia no sentido de adequação (I) e da eficácia no sentido de implementação (II).

A avaliação desse aspecto da eficácia, assim como dos anteriores, depende das circunstâncias do caso, mas, fundamentalmente, implicaria verificar se os agentes destinatários cumprem a norma sem necessidade de recurso a um aparato coativo que os force a isso. No caso da LAI, por exemplo, pode-se pesquisar se as informações solicitadas são fornecidas sem que os interessados tenham que recorrer a instâncias

recursais ou ações judiciais e também se os agentes públicos são punidos caso descumpram seus deveres em relação à prestação de informações.

IV. Noutra plano, pode-se ainda questionar sobre os efeitos pretendidos com essa generalização das condutas prescritas: quais resultados decorrem dos comportamentos que se generalizam? Trata-se de considerar a eficácia de um sistema regulatório desde o ponto de vista dos resultados mais gerais que a lei pretende alcançar: porque um número significativo de agentes se comporta conforme a norma (sendo as condutas desviantes, exceções), algum impacto geral é alcançado. Nesse nível, a avaliação envolve uma relação de causalidade, podendo-se também falar em adequação, mas num sentido diverso do normativo acima mencionado: alcançam-se determinados objetivos porque há compatibilidade entre meios e fins, há adequação na relação entre diagnóstico, medidas e efeitos desejados. Trata-se de uma avaliação de impacto – *i.e.*, da efetividade da política.

Os impactos dependem de a lei ser eficaz nos sentidos (I), (II) e (III) acima explicados; mas, crucialmente, depende de decisões dos agentes de efetivamente aproveitarem o incentivo do sistema legal. Sem tais decisões, os efeitos desejados não são atingidos. A decisão do destinatário “cidadão” é, assim, o elemento fundamental que a lei busca influenciar. O sistema jurídico não pode substituí-la, nem torná-la obrigatória.

Quando se analisa o papel do direito nas políticas públicas, é interessante notar que as normas jurídicas não apenas proíbem ou obrigam comportamentos ou iniciativas, mas, principalmente, tentam incentivá-los ou desencorajá-los. Esses tipos de normas criam um “um imenso sistema de estímulos e subsídios”, que confere uma “função promocional ao ordenamento jurídico” (Ferraz, 1989).

Normas que estabelecem incentivos não determinam o comportamento de maneira absoluta; apenas delimitam um campo de atuação possível, desejável ou indesejável no qual a ação dos agentes pode ou não se efetivar: a decisão é autônoma e individual, dos cidadãos que se dispuserem a usar as informa-

ções cuja publicação tenha sido viabilizada pela LAI.

Este último ponto é fundamental para a compreensão dos limites da eficácia das normas jurídicas no contexto das políticas públicas já que: (a) seus impactos não são totalmente controláveis/moldáveis pela atividade normativa do Estado pois, em uma dimensão significativa, são resultados da interação entre agentes (inclusive de agentes com poder político); (b) a eficácia das normas jurídicas, que têm por destinatários agentes tomadores de decisões relevantes, pode ficar comprometida se esses agentes não se submetem ou não respondem ao sistema de estímulos e desestímulos do aparato jurídico, e podem inclusive alterar as regras conforme o poder de influência que tenham.

Portanto, analisar em que medida os objetivos são alcançados ou, se alcançados, em que medida são produto da norma, é um trabalho que requer instrumentos analíticos de avaliação de políticas públicas – capazes de identificar/isolar o efeito de um sistema normativo separando-o de outras variáveis que afetam o resultado. Todavia, certamente não é uma tarefa fácil ou que siga procedimentos já estabelecidos para se inferir causalidade. A própria disciplina de avaliação precisa incorporar ao seu instrumental os aspectos jurídicos das políticas públicas. Avanços neste sentido são necessários e a discussão deste artigo não tem a pretensão de esgotar.

3.1.4 A eficácia e efetividade da LAI

No primeiro sentido de *adequação* (I) acima exposto, a eficácia refere-se à aplicabilidade de uma norma jurídica; depende do estabelecimento de todas as condições legais concretas para a adesão por parte dos destinatários da norma. Para que isso seja possível, no caso da LAI, é necessária a regulamentação da Lei – o estabelecimento das condições legais concretas para a aplicação e adesão depende de regulamentação específica, por parte dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No âmbito do Poder Executivo Federal, como mencionado, a LAI foi regulamentada pelo Decreto 7.724/2012, que estabeleceu os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação

de informações sob restrição de acesso. Para garantir o cumprimento de parte da LAI pelo Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 151/2012, que determina a divulgação da remuneração recebida por membros, servidores e colaboradores do Judiciário na Internet. Somente no final de 2015, com a Resolução 215/2015, a LAI foi de fato regulamentada, sendo a Resolução de cumprimento obrigatório por todos os órgãos do Judiciário brasileiro.

Já no Poder Legislativo Federal, a Câmara dos Deputados emitiu atos da mesa que regulamentam a LAI no seu âmbito. O Ato da Mesa 45/2012, dispõe sobre a aplicação da LAI na Câmara. No seu art. 31 atribui à Comissão Especial de Documentos Sigilosos incumbência similar às da Comissão Mista de Reavaliação de Informações, do Executivo. O Senado Federal, por seu turno, regulamentou a LAI através do Ato da Comissão Diretora 9/2012 (e alterações posteriores), que também criou a Comissão Permanente de Acesso a Dados, Informações e Documentos para atuar como órgão assessoramento acerca do assunto no Senado. Outra regulamentação específica, o Ato do Secretário 10/2012, dispõe sobre a forma de transparência das remunerações dos senadores e servidores ativos. Mas, não trata da publicidade das remunerações dos inativos.

Também cabe aos estados, ao distrito federal e aos municípios, em legislação própria, regulamentar a LAI, como definido no seu art. 45. O Programa Brasil Transparente da CGU,⁷ mostra que, para o Poder Executivo dos estados e municípios, a LAI já está regulamentada em 22 dos 27 estados e capitais e em 36% dos municípios com mais de 100.000 habitantes (incluindo as capitais).

Em suma, a regulamentação da LAI está avançando, mas ainda não foi realizada em todas as esferas, principalmente nos municípios. A falta de regulamentação específica prejudica, mas não deve impedir o cumprimento da Lei. Por conseguinte, a eficácia jurídica da LAI ficaria limitada até a edição de tais regulamentações.

7 Todos os dados foram extraídos de: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente>>, recuperado em 12 jun. 2016.

A eficácia jurídica nos sentidos de adequação (I) e implementação (II) depende, assim, da adesão integral do próprio Estado, ao editar as regulamentações específicas necessárias e atuarem conforme as medidas programáticas estabelecidas, que condiciona a eficácia jurídica da LAI. Ou seja, há um aspecto da própria eficácia jurídica que depende dos agentes destinatários (políticos, funcionários públicos e autoridades). Sem tais regulamentações, a aplicabilidade fica prejudicada. Já no sentido de adesão (III), a eficácia jurídica tem como condição necessária, mas não suficiente, uma mudança de conduta dos gestores públicos no sentido da implementação da LAI nos diversos órgãos públicos, seguindo as diretrizes emanadas na própria LAI e regulamentações acessórias. Mas depende sobremaneira de uma adesão dos cidadãos.

Assim, não importa apenas a adesão dos agentes do estado, mas também da sociedade, organizada ou não, que pode utilizar os mecanismos criados pela LAI para conseguir a informação desejada. A eficácia completa da LAI estaria nessa instância, provocando impactos na sociedade.

Desta forma, a LAI seria totalmente eficaz se atingisse seu objetivo primordial, que é permitir o acesso à informação pública por parte da sociedade, aumentando – de fato – a transparência governamental. Já a efetividade diria respeito ao uso/fim dado à informação por parte dos cidadãos, seja para fins de controle social, fins particulares ou mesmo para *accountability* governamental.

Uma particularidade da LAI é que o *enforcement* se aplica ao próprio governo, no serviço público federal, estadual ou municipal. Exigências de transparência ativa (disponibilização de um rol pré-determinado de informações nos sites dos órgãos e locais públicos) e de transparência passiva (concessão de informação, mediante solicitações em serviços de atendimento ao cidadão ou pessoalmente) devem ser atendidas, se a informação solicitada não tiver sido anteriormente classificada como reservada, secreta ou ultrassecreta. Portanto, a implementação, que determina a natureza dos resultados e efeitos (*outcomes*) a serem alcançados, depende de uma mudança de cultura e da adesão à política por parte da própria burocracia.

Mas os resultados a serem avaliados dependem também da adesão dos cidadãos, ou seja, depende de a população solicitar as informações ou acessar as informações já disponibilizadas publicamente, fazendo uso delas para fins particulares ou para controle social. Assim, a eficácia da LAI parece depender em grande medida da própria administração pública, sendo condição necessária e não suficiente para sua efetividade, que seria também função de uma maior conscientização política, de um maior nível de escolaridade e de uma maior participação democrática do povo.

Com a discussão acima, pretendeu-se apontar os vários sentidos da eficácia da norma jurídica LAI e seus possíveis efeitos no mundo real a partir de um olhar que transpõe a Disciplina Direito, relacionando-a com a Disciplina de Políticas Públicas. Na próxima seção, discutem-se alguns estudos avaliativos sobre a LAI, que investigaram um ou mais aspectos abordados no artigo.

4 Estudos avaliativos sobre leis de acesso à informação

Em 2011, O *Centre for Law and Democracy* e o *Access Info Europe* desenvolveram metodologia para análise, *de jure*, de leis de acesso à informação dos países. O sistema de avaliação – Ranking RTI – é utilizado e atualizado continuamente para análise e comparação destas leis. Atualmente, os 103 países com tal legislação estão presentes em um ranking que os classifica segundo 61 indicadores, distribuídos em sete categorias, quais sejam: escopo, procedimentos de requerimento de informação, exceções e negativas, recursos, mecanismos de incentivo/promoção, sanções e proteções direito de acesso e ao acesso à informação. Cada categoria tem uma pontuação máxima permitida (de 6 a 30 pontos), totalizando 150 pontos (pontuação que seria atribuída a uma legislação “perfeita” em relação aos quesitos acima apontados). Os maiores pesos são atribuídos às quatro primeiras categorias. Os indicadores são elaborados a partir de padrões internacionais de direito à informação, bem como a partir de estudos comparativos de diversas leis sobre o tema.⁸ O ranking conta com 30

⁸ A metodologia completa está disponível no sítio eletrônico <<http://www.rti-rating.org/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

países com nota acima de 100 pontos. Com exceção da Finlândia (pontuação de 105 e lei de 1951) e Colômbia (pontuação de 102 e lei de 1985), todos os países mais bem avaliados possuem legislações novas, promulgadas a partir do ano 2000. A Lei com maior pontuação é a da Sérvia, com 135 pontos, seguida da Eslovênia e Índia, com 129 e 128 pontos, respectivamente. O país com menor pontual global é a Áustria, com 32. O Brasil encontra-se na 18ª colocação, com pontuação 108, sendo considerada uma das leis mais fortes do mundo.

Apesar de a metodologia do Ranking RTI ser uma boa ferramenta de comparação do arcabouço legal sobre direito de acesso à informação, este tipo de avaliação é apenas normativo (contempla apenas os enunciados das normas dos países analisados), mas não compreende a qualidade da implementação e o impacto das leis nos sistemas de gestão governamentais e na sociedade. Isto é, uma legislação sobre o assunto pode ser rigorosa, mas não eficaz e efetiva por não ter sido adequadamente implementada, como discutido acima. Em outros casos, há países com leis relativamente fracas, mas bem implementadas. Daí a importância de se realizar avaliações de implementação e efeitos (impactos) de tais legislações. Ademais, o *ranking* não abrange publicações proativas, que já são parte da cultura de vários países e por isso, parte menos importante e menos incidente nas leis de acesso. Também não pontua iniciativas como governo eletrônico que já traduzem mudanças de cultura no trato da informação pública (Centre for Law and Democracy, 2014).

Sobre estudos de implementação, Roberts (2010) realiza uma análise documental, sintetizando os resultados dos principais estudos sobre a implementação da LAI na Índia. Os estudos revisados utilizaram metodologias diversas (qualitativas, quantitativas e mistas), coletaram dados também de diferentes formas: *surveys* (por e-mail) com cidadãos, autoridades, de vários estados, entrevistas individuais, grupos focais e análises dos sites governamentais. A principal conclusão é que a adoção de LAI's é apenas o primeiro passo para aumentar a transparência. São várias as barreiras para um maior uso do direito de informação: falta de conscientização por parte dos

cidadãos com relação aos direitos garantidos pela LAI, problemas administrativos, comprometimento das autoridades na implementação da lei e não disponibilização de informações de transparência ativa. Ademais, alerta o autor sobre a desigualdade de oportunidades no acesso à informação pública por parte da Índia rural e pobre, o que reforçaria posições de privilégio e interesses pré-estabelecidos.

Outra avaliação de implementação foi realizada por Shepherd, Stevenson e Flinn (2010), para a LAI do Reino Unido, vigente desde 2005. O objetivo do estudo foi avaliar, por meio de metodologias qualitativas, a implementação da LAI nos governos locais, escolhidos por terem maior dificuldade em gerir as informações públicas. Em específico, o impacto dessa lei na produção e gestão da informação pública, após três anos de vigência. Durante o ano de 2008, por meio de grupos focais e entrevistas semiestruturadas investigou-se a percepção dos gestores de informação, dos responsáveis pela LAI nos diferentes e heterogêneos governos locais e de usuários. As vinte e duas entrevistas com os dois primeiros tipos de *stakeholders* foram analisadas utilizando-se o *Software NVivo*. Após esta primeira etapa da pesquisa qualitativa, foram conduzidos dois grupos focais com requisitantes de informações, para capturar a percepção dos usuários das informações. Dada a dificuldade de atrair participantes para os grupos, foram também realizadas nove entrevistas por telefone.

Os resultados apontam para dificuldades em prover a informação correta ao solicitante. Isto é, há fragilidades na gestão da informação que se traduzem em dificuldades na localização da informação solicitada, inconsistências nos dados e informações incompletas. Ademais, na percepção dos requisitantes, as autoridades não se esforçam para prover a informação requerida e/ou demoram muito tempo para prover (cerca de 20 dias). Contudo, a percepção geral é que a LAI provocará, com o tempo, uma melhoria no trato da informação pública, à medida que o número de pedidos de informação for crescendo.

Birkinshaw (2010), assim como Shepherd *et. al.* (2010), discute a LAI do Reino Unido, mas a partir de uma abordagem jurídico-documental. O autor participou, na qualidade de conselheiro, no proces-

so de elaboração desta lei e, no artigo, apresentou sua interpretação para os principais problemas da legislação (como o grande volume de recursos apresentados contra recusas em fornecer informações e a discussão sobre o acesso à informação de guerra) bem como faz análises preliminares do impacto desta lei, apenas com informações documentais, que indicariam uma mudança de paradigma no sentido da disponibilização da informação pública. Contudo, como coloca o autor, esta “revolução” tem levantado iniciativas em prol do sigilo de informações alegadas como de segurança nacional.

Mais um trabalho sobre a LAI do Reino Unido foi o de Hazell (2010). O objetivo do artigo foi discutir medidas de desempenho para LAI`s. Para tanto, o autor compara medidas de desempenho da LAI desta nação com dados da Austrália, Nova Zelândia, Canadá e Irlanda, por serem países com legislações de acesso à informação e sistemas políticos semelhantes. A relevância do *paper* é justificada afirmando-se que análises sobre a eficácia de legislações de acesso à informação ainda são poucas e recentes.

No estudo, procurou-se medir quantitativamente e comparar os aspectos técnicos da operação deste tipo de lei nos países citados, com dados sobre: volume de pedidos, tempo médio de resposta e atrasos, proporção de pedidos de informação atendidos integral e parcialmente, número de recursos e número de recursos deferidos. Hazell (2010) conclui que a LAI do Reino Unido apresentou um desempenho razoavelmente bom, mas sofre de problemas comuns a outros regimes sujeitos à LAI`s, como apontado acima.

Relly e Cuillier (2010) analisaram comparativamente as médias de doze indicadores quantitativos associados a fatores políticos, culturais e econômicos associados ao direito de acesso à informação para três grupos de países: os estados árabes, estados não árabes sem leis de acesso e estados não- árabes com leis de acesso. Os grupos foram montados a partir da lista de países membros das Nações Unidas, sendo selecionados vinte e dois países árabes. Os resultados indicam que os países árabes com LAI`s diferem em quase todos os indicadores dos países não árabes com e sem leis de acesso, sendo os indicadores piores para os países árabes. A análise sugeriu que es-

tes países carecem de condições políticas e culturais para a efetiva implementação de LAI`s, a despeito da riqueza destes países. Este estudo declaradamente preliminar, foi segundo os autores, o primeiro elaborado na tentativa de analisar quantitativamente indicadores associados à LAI, para países árabes.

Realizando estudos de *cross-section* de países, Perrit e Rustad (2000) e Relly (2012) estudaram a difusão de LAI`s. O primeiro, através de um estudo documental, o segundo por meio de um estudo exploratório quantitativo. Perrit e Rustad (2000) analisaram a difusão de legislações de acesso à informação nos países que compõem a União Europeia, analisando-as à luz das legislações dos Estados Unidos. Em especial, discutem os casos da Inglaterra e Alemanha. Os autores concluíram que Europa; ao mesmo tempo que estão adotando progressivamente princípios de liberdade de informação, estão restringindo a disseminação de informação produzida por órgãos públicos através de bases de dados eletrônicas. Já Relly (2012) investigou a extensão da difusão de leis de acesso à informação nos países europeus, por meio da abordagem da difusão de inovações de Everett Rogers.

A autora considerou a adoção de uma LAI como uma inovação e estimou modelos paramétricos e semiparamétricos para testar o potencial de influência da proximidade geográfica (como *proxy* para conectividade-influências externas) e da liberdade de imprensa (como *proxy* para influências internas) na adoção da lei por parte dos cento e noventa e dois países-membros das Nações Unidas. O período analisado foi de 1949 a 2006. Da estimação, concluiu-se que um ambiente forte de mídia teve uma influência significativa para a adoção da legislação nos EUA e nos demais países do continente americano. Projetou-se que até 2025, oitenta por cento das nações terão adotado legislações garantindo o direito de acesso à informação pública. Em adição, a difusão teve como marco inicial a lei sueca, tendo as nações europeias influenciado demais países a adotarem tal legislação.

Diferentemente dos estudos acima, que investigam um ou alguns dos sentidos da eficácia da LAI discutidos anteriormente, Islam (2006), Costa (2013) e Cordis e Warren (2014) focam nos impactos da LAI na redução da corrupção.

Islam (2006), a partir de dados em *cross-section* explorou o impacto da transparência, medida como acesso à informação, na governança pública. A autora construiu indicadores para medir a frequência de disponibilização de dados econômicos por parte dos governos, presença de LAI`s (variável dicotômica) e tempo de vigência desta lei. O resultado aponta para uma relação negativa entre esses indicadores e o índice de percepção de corrupção. Conclui-se que um aumento da transparência reduz a corrupção. Já Costa (2013) encontrou no seu estudo evidências de que a adoção de LAI`s aumentam a percepção de corrupção, principalmente nos cinco anos iniciais de vigência deste tipo de lei. Ademais, percebeu-se uma queda na qualidade da governança. Diferente de Islam (2006), Costa (2013) utilizou uma metodologia mais robusta, estimando o impacto das LAI`s tratando sua adoção progressiva pelos países como um experimento natural, possibilitando-se a estimação do impacto pelo método de diferenças em diferenças. Com os dados em painel, a autora também realizou testes de robustez dos resultados e estimou efeitos fixos, afastando a possibilidade de correlação espúria.

Por fim, diferente de Costa (2013) e Islam (2006) que usaram indicadores de percepção de corrupção, Cordis e Warren (2014) trabalharam com uma medida objetiva: condenação por corrupção. Esses autores definiram efetividade da LAI como a capacidade de aumentar transparência e prover acesso aos cidadãos aos arquivos governamentais e no intuito de avaliá-la, estimaram o efeito das diferentes LAI`s dos estados americanos na condenação por corrupção. Classificando-as como LAI`s fortes e fracas e também utilizando dados que mostram que doze estados modificam suas legislações no sentido de torná-las mais fortes, os autores estimaram que esta mudança altera a percepção de corrupção nos governos locais, mas não em nível federal. Detalhando a investigação, a medida de “força” das LAI`s foi decomposta em quatro componentes: responsabilidade (penalidades civis e criminais para violação), tempo (prazos previstos), dinheiro (taxas) e discricionariedade (por parte da autoridade em conceder ou não a informação solicitada). As evidências mostraram dois efeitos compensatórios: o fortalecimento de LAI`s reduziram a corrupção mas aumentariam a probabilidade dos corruptos serem identificados. A conjunção dos dois

efeitos fez com que o impacto estimado das LAI`s na corrupção fosse pequeno. Este estudo econométrico robusto foi o primeiro a examinar o impacto de LAI`s estaduais na prevalência da corrupção, medida de maneira objetiva.

4.1 Estudos sobre LAI no Brasil

No que concerne à Lei Brasileira, Martins (2011), ainda antes da promulgação da LAI brasileira, discute as características de uma LAI adequada e seus benefícios/efeitos, que são a viabilização de uma maior participação social e monitoramento das políticas públicas e ações governamentais, minorando a corrupção e a ineficiência. Muito da discussão do artigo foca-se no projeto de lei que estava no Congresso Nacional e características colocadas como desejáveis, atendidas pela lei promulgada.

Em consonância, a CGU, como parte dos preparativos para a edição da LAI, promoveu pesquisa, em parceria com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), com objetivo de analisar valores, cultura, experiência e percepção de servidores públicos federais em relação à temática de acesso à informação. A pesquisa foi realizada em duas etapas. Uma qualitativa, por meio de um questionário semiestruturado, com ocupantes de cargos de direção e assessoramento. Em etapa posterior, uma pesquisa quantitativa de opinião, através de um questionário estruturado para a coleta dos dados, enviado eletronicamente para uma amostra representativa dos servidores públicos federais, de vários escalões governamentais, de diversos órgãos (Controladoria Geral da União [CGU], 2011).

Foram ouvidas 73 autoridades públicas, na primeira fase e, na segunda, 986 servidores. Chama atenção, na etapa qualitativa, que quando questionados sobre os aspectos negativos da política de acesso à informação, os servidores fizeram avaliação receosa e negativa quanto ao uso e divulgação da informação porventura solicitada. O padrão de respostas mostra que 23,7% dos entrevistados coloca como preocupação a “má utilização das informações”, 14,3% e 13,7%, respectivamente, mencionam “vantagens para grupos de interesse bem situados” e “uso político das informações” (CGU, 2011, p. 09). Adicionalmente, as insuficiências de recursos humanos e de

infraestrutura são indicadas como possíveis causas para atrasos ou dificuldades no atendimento aos pedidos de informação, podendo o volume de pedidos até mesmo comprometer o andamento da atividade do órgão solicitado.

Como possíveis impactos positivos, os servidores apontaram: “mais transparência sobre as atividades da Administração Pública”, “redução, combate e prevenção da corrupção” e “fortalecimento da credibilidade e melhoria da imagem da Administração Pública”, com respectivamente 38,3%, 20,6%, 13% (CGU, 2011, p.10). Com relação à implementação, 47,6% dos respondentes discorda da afirmação de que “O governo federal está preparado para executar uma política de amplo acesso à informação pública”, o que indica receio quanto à implementação da política, talvez até uma certa resistência.

Assim, estes e os demais resultados apontam para uma diversidade de posicionamentos, percepções e práticas na Administração Federal sobre esta temática e indicam desafios a serem superados para a efetiva implementação da LAI. Além dos desafios relativos à mudança da cultura do segredo para uma cultura do acesso, há também obstáculos operacionais e técnicos, pois as práticas da administração são bastante diversas no que tange à gestão da informação, como esta mesma pesquisa assinala.

É interessante a revelação de uma “cultura do *pen drive*”, que iria além da cultura do segredo, sendo uma prática de apropriação pessoal, por parte do servidor, da informação sob sua gestão, não compartilhando nem mesmo com os demais colegas, tampouco com o cidadão. Outro ponto crucial é a constatação, trazida pelo diagnóstico em relato, de que muitos dos gestores dos órgãos não estão a par da importância e usabilidade de se ter um bom sistema de gestão da informação no próprio órgão. Este indício de desídia no trato da informação pública também se refletiria culturalmente no comportamento dos subordinados, como mostrou a pesquisa quantitativa (CGU, 2011). Daí conclui-se pela relevância de uma campanha de conscientização e capacitação em prol de uma maior transparência governamental.

Gruman (2012), a partir de uma fundamentação te-

órica histórico-política, argumenta que a cultura de acesso à informação pública é instrumento para uma maior participação dos cidadãos e maior eficiência no gasto público, tal como postulado por Martins (2011). Uma ressalva pertinente de Gruman (2012) é sobre o caráter instrumental da LAI, com potencial de gerar os benefícios acima expostos. Contudo, segundo o autor, o aumento da transparência não é um fim em si:

A transparência e o acesso não garantem a eficácia do funcionamento da máquina pública, mas, pelo contrário, sua ausência, é garantia de mau uso dos recursos públicos porque livres de controle social. O acesso à informação é um instrumento, um meio para se alcançar um fim, a eficácia das políticas públicas (Gruman, 2012, p. 104).

A análise teórica deste autor dialoga com a abordagem e definição proposta neste artigo sobre o que seria a efetividade da LAI, que perpassaria o fim/uso dado à informação pública para fins particulares ou para controle social.

Em maio de 2016, a LAI completou quatro anos de vigência. Neste período, o Executivo Federal recebeu mais de 380 mil pedidos de informação, sendo 98% das solicitações atendidas, em um tempo médio de 13 dias, inferior ao prazo legal previsto. Tais dados, da CGU, indicam que a LAI seria eficaz neste poder, tendo, conseqüentemente, grande potencial de efetividade.⁹ Com o intuito de auxiliar a implantação da LAI nos estados e municípios brasileiros, a CGU criou o Programa Brasil Transparente¹⁰, em 2013. O Programa presta serviços como: capacitações à distância e presenciais sobre o tema transparência e acesso à informação; elaboração e distribuição de cartilhas e material técnico para conscientização e instrução, cessão do Sistema de Informação ao Cidadão (e-Sic) e suporte para implantação deste sistema e outras atividades. No âmbito deste Programa, a CGU lançou em 2015, a Escala Brasil Transparente (EBT), com o objetivo de medir a transparência pública nestes entes federados. Foram construídos um indicador

9 Estatísticas de acesso disponíveis em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

10 Estatísticas disponíveis em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente>>. Acesso em 13 jun. 2016.

e uma escala, apenas com métricas de transparência passiva. No sítio do programa, é possível ver os rankings para estados, municípios e capitais. Para as cidades, o indicador foi calculado apenas para uma amostragem e contempla as seguintes métricas: doze quesitos cobrindo aspectos da regulamentação da LAI, funcionamento de um e-Sic e transparência passiva. De acordo com essa análise, aspectos da eficácia no sentido de implementação (2) da LAI estariam sendo avaliados.

Na versão 1.0, de 2015, os Estados com melhor classificação são Ceará e São Paulo, com nota 10, e os piores são Amapá e Rio Grande do Norte, com nota 0. Dentre as capitais, a mais bem avaliada seria São Paulo, com nota máxima, e a pior São Luís, que ainda nem regulamentou a LAI. Na versão 2.0, lançada em 2016, 8 Estados empatam com nota máxima: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, São Paulo e Tocantins. O Estado do Amapá continua com nota 0, enquanto o Rio Grande do Norte passou para 15ª posição. Com relação às capitais, Brasília assume o topo do ranking, seguida por Curitiba, e a capital mais mal classificada passou a ser Porto Velho. São Paulo passou para a 6ª posição e São Luís, da pior colocação, avançou para a 7ª posição.

Sobre a LAI no sistema judiciário brasileiro, em 2013, estudo realizado pelas organizações Artigo 19, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e Universidade de São Paulo, indicou baixa propensão ao cumprimento das obrigações impostas pela LAI, no que tange à transparência passiva e ativa. Isto é, a LAI ainda não seria eficaz em todos nos sentidos discutidos acima.

Foram avaliados 11 órgãos, com base em entrevistas exploratórias, análise bibliográfica, consultas documentais e um estudo comparativo internacional (Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, México e Reino Unido). O estudo comparativo mostrou que Costa Rica e Chile têm práticas de transparência ativa mais robustas. Com relação à transparência passiva, as cortes supremas do Brasil e do Chile têm as melhores práticas. Assim como no balanço da LAI, este estudo do sistema judiciário aponta para a necessidade de várias melhorias como: na gestão documental, capacitação de servidores e no número de publicações. Além de se definir procedimentos para a classificação

da informação, aspecto bem sensível e de grande resistência, no que se refere às informações militares (Ministério da Justiça (2013)). Portanto, os desafios da institucionalização e real garantia do direito de acesso à informação ainda persistem, mesmo após a entrada em vigor da LAI brasileira.

Cavalcanti *et al.* (2013), utilizando-se de uma metodologia exploratória, empírica e quantitativa, avalia a implementação da LAI, por meio de uma análise da conformidade dos sites das autarquias federais com relação aos quesitos de transparência ativa presentes da LAI (artigos 6º ao 10º). Os autores elaboraram uma lista com dezenove itens, de resposta dicotômica sim ou não, que cobriram tais requisitos e, assim, avaliaram os sites de uma amostra aleatória composta por trinta das cento e cinquenta e seis autarquias listadas no site da CGU. A análise descritiva realizada mostrou que, em média, 66% da amostra cumpriu com todos os itens. Mas, houve pergunta, como por exemplo, sobre a classificação de informações sigilosas ou cópias de contratos, que o percentual de descumprimento foi acima de 90%. Tais estatísticas mostram a dificuldade de implementação da LAI no Brasil e pode estar indicando uma dificuldade de gestão da informação por parte das autarquias, tal como aventado pelos demais autores em seus artigos teóricos.

Desta revisão não exaustiva, depreende-se que é grande a diversidade de estudos sobre o tema, mas a maioria centra-se em investigar a implementação da LAI, no país ou no exterior. Estudos acerca de impactos são poucos. A LAI ainda carece de mais estudos seja no próprio serviço público, provavelmente a partir da mudança da cultura do segredo e de uma melhora na gestão da informação, como também na sociedade, na forma de uma melhor participação democrática.

A análise proposta no artigo, acerca dos vários sentidos da eficácia e discussão acerca da efetividade da LAI pode contribuir para o aprimoramento de metodologias e consolidação de análises.

5 Considerações Finais

A ampliação e efetivação do acesso à informação pública constitui um importante instrumento em

prol de uma democracia mais participativa. Visando propiciar o exercício efetivo de tal direito, há uma tendência crescente de edição de leis de acesso à informação no mundo, tanto em países desenvolvidos, quanto em desenvolvimento. A LAI Brasileira, que entrou em vigor em 2012, é considerada uma das mais fortes do mundo, em termos de legislação.

A LAI representou uma mudança da abordagem legal no trato da informação pública no país, tornando o acesso a regra e o sigilo, a exceção. Os objetivos da Lei são amplos e não se resumem à sua aplicação pontual, em casos individuais. Como, então, avaliar a sua eficácia e efetividade?

Discutimos essa questão a partir de duas abordagens complementares: (1) identificando os papéis que a lei pode desempenhar no contexto de uma política de transparência, de acordo com as categorias definidas por Coutinho (2013); (2) utilizando o conceito de eficácia das normas jurídicas, desdobrado e ampliado para abarcar uma dimensão substantiva (Teubner, 1986) nem sempre presente nas análises jurídicas, como elo entre o mundo normativo e o mundo real, dos impactos efetivos das políticas públicas.

Nessa análise, a eficácia pode ser entendida: (a) como adequação (a norma tem potencial para produzir efeitos concretos, porque apresenta condições fáticas e/ou técnicas de atuar); (b) como a implementação da norma (esta será eficaz se for efetivamente aplicada pelos agentes do poder público e pelo Judiciário em casos concretos); (c) como a generalização da conduta prescrita pela lei (espera-se que a lei seja capaz de operar uma mudança cultural, nos comportamentos de autoridades, indivíduos e sociedade civil, que gere maior participação democrática, *accountability* e controle social); (d) como produção dos efeitos mais gerais pretendidos pela lei (porque um número significativo de agentes se comporta conforme a norma algum impacto geral é alcançado).

Deste modo, avaliar em que medida os objetivos são alcançados ou, se alcançados, em que medida são produto da norma, é trabalho que requer instrumentos analíticos de avaliação de políticas públicas – capazes de identificar e isolar o efeito de um sistema normativo separando-o de outras variáveis que

afetam o resultado.¹¹ Esse efeito depende de a lei ser eficaz no sentido (a), (b) e (c) acima explicados; mas, crucialmente, depende de decisões dos agentes de efetivamente aproveitarem o incentivo do sistema legal. No caso da LAI, a eficácia jurídica depende, em primeira instância, da adesão integral do próprio Estado, ao editar as regulamentações específicas necessárias, sem as quais a aplicabilidade fica prejudicada ou mesmo impedida. Em uma segunda instância, a eficácia jurídica tem como condição necessária, mas não suficiente, uma mudança de conduta dos gestores públicos no sentido da implementação da LAI nos diversos órgãos públicos, seguindo as diretrizes emanadas na própria LAI e regulamentações acessórias. Estabelecidas todas as condições legais e após as duas primeiras instâncias de adesões, transpomos a fronteira do público para a sociedade, organizada ou não, que se utiliza dos mecanismos criados pela LAI, ou seja, adere ou não, no sentido de conseguir a informação desejada. Portanto, a LAI seria eficaz se atingisse seu objetivo primordial, que é permitir o acesso à informação pública, aumentando a transparência governamental. Já a efetividade perpassaria o fim/uso dado à informação por parte dos cidadãos, seja para fins de controle social, fins particulares ou mesmo para *accountability* governamental.

Como se vê, o potencial de eficácia e efetividade dessa Lei é grande, podendo contribuir para o aumento da transparência e para uma mudança da cultura governamental de tratamento da informação, muitas vezes restrita ao alcance dos próprios gestores governamentais, além dos órgãos de controle interno e externo. Todavia, depende que a regulamentação e implementação seja generalizada em todos os poderes e instâncias federativas, mas também a adesão por parte do povo, conhecendo a LAI, solicitando, entendendo e utilizando a informação pública, seja para fins particulares ou controle social. Para tanto, vários são os desafios a serem enfrentados, como já

11 A disciplina de Avaliação de Políticas Públicas, desde a década de 1970, evoluiu no desenvolvimento de várias técnicas estatísticas capazes de inferir causalidade e “isolar” impactos ou efeitos. Para um panorama das técnicas disponíveis, ver Rossi, P.H., Lipsey, M.W. & Freeman, H.E. (2004). *Evaluation: A Systematic Approach* (7. ed.). California: Sage Publications. Contudo, ao nosso ver, ainda precisa incorporar o aspecto jurídico das políticas públicas, de modo a tratá-lo nos modelos e marcos lógicos de avaliação.

evidenciam alguns estudos avaliativos, perpassando questões como a gestão precária da informação, resistência à mudança, falta de conhecimento sobre a LAI por parte da população.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Birkinshaw, P. (2010). Freedom of information and its impact in the United Kingdom. *Government Information Quarterly*, 27, 312–321.
- Bucci, M. P. D. (2009). Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In Fortini, C.; Esteves, J.C.S.; Dias, M.T.F. (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. (ano 9, n. 104, out). Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público.
- Câmara dos Deputados (2012). *Ato da Mesa n. 45, de 16 de julho de 2012*. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Câmara dos Deputados, da Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legint/atomes/2012/atodamesa-45-16-julho-2012-773823-norma-cd.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- Centre for Law and Democracy. (2014). *International standards on transparency and accountability* (Briefing Paper 47 March). Disponível em: <<http://www.law-democracy.org/live/briefing-paper-on-transparency-and-accountability/>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (2010). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988* (Organização do texto: Alexandre de Moraes. 33. ed.) São Paulo: Editora Atlas.
- Controladoria Geral da União (2011). *Sumário Executivo. Pesquisa Diagnóstico sobre Valores, Conhecimento e Cultura de Acesso à Informação Pública no Poder Executivo Federal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/SUMARIO_FINAL.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014
- Controladoria Geral da União (2013). *Lei de Acesso à Informação Brasileira: 1º Balanço*. Disponível em: <www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2013/Balanco-1LA1.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2015.
- Controladoria Geral da União (2013). *Portaria n. 277, de 07 de fevereiro de 2013*. Institui o Programa Brasil Transparente. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_277_2013-1.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Controladoria Geral da União (2014). *Lei nº 12527/2011: Relatório sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação*. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/relatorio-2-anos-lai-web.pdf>>. Acesso em: 7. Jun. 2015.
- Cordis, A.S., Warren, P. L. (2014). Sunshine as disinfectant: the effect of state Freedom of Information Act Laws on public corruption. *Journal of Public Economics*, 115, 18–36.
- Costa. S. (2013). Do Freedom of Information Laws Decrease Corruption? *The Journal of Law, Economics and Organization*, 29 (6), 1317- 1343.
- Coutinho, D.R. (2013). O direito nas políticas públicas. In Marques, E.M.; Faria, C.A. P. (Org.), *A política pública como campo multidisciplinar* (pp.181-200). São Paulo: Unesp.
- Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (2012). Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm> Acesso em: 19 fev. 2015.
- Decreto n. 7.845, de 14 de novembro de 2012 (2012). Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm> Acesso em: 19 fev. 2015.
- Diniz, E. (2007). O pós-Consenso de Washington: globalização, Estado e governabilidade reexaminados. In Diniz, E. (org.). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: Dilemas do Brasil no novo milênio* (pp.17-61). Rio de Janeiro: Editora FGV.
- Faria, J. E. (1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Editora Malheiros.
- Ferraz Jr., T.S. (1988) *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas.
- Ferraz Jr., T.S. (1989). O Pensamento Jurídico do Norberto Bobbio. In Bobbio, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico* (pp. 7-18). Polis; Brasília: Editora UNB.
- Gruman, M. (2012). Lei de Acesso à Informação: notas e um breve exemplo. *Revista Debates*, 6 (3), 97-108.
- Hazell, R, Worthy, B. (2010). Assessing the performance of freedom of information. *Government Infor-*

- mation Quarterly, 27, 352–359.
- Islam, R. (2006). Does More Transparency Go Along with Better Governance? *Economics and Politics*, 18, 121–67.
- Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (2011). Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Martins, P. L. (2011). Acesso à Informação: Um direito fundamental e instrumental. *Acervo*, 24 (1), 233–244.
- Ministério da Justiça (2013). *Desafios da transparência no sistema de justiça brasileiro*. Brasília (Secretaria de Reforma do Judiciário). Disponível em: <file:///C:/Users/Taiana/Desktop/Di%C3%A1logosobreJusti%C3%A7a_Desafios%20da%20Transpar%C3%Aancia%20no%20Sistema%20de%20Justi%C3%A7a%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- Neuman, L. (Ed.) (2002). *Access to Information*. Disponível em: <www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/ati_key_to_democracy.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.
- Perrit, H. H., Rustad, Z. (2000). Freedom of information Spreads to Europe. *Government Information Quarterly*, 17 (4), 403–417.
- Poder Judiciário (2012). *Resolução n. 151, de 05 de julho de 2012*. Altera a redação do inciso VI do artigo 3º da Resolução n. 102, de 15 de dezembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_151_2012.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Poder Judiciário (2015). *Resolução n. 215, de 16 de dezembro de 2015*. Dispõe, no âmbito do Poder Judiciário, sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3062>>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Relly, J. E. (2012). Freedom of Information Laws and Global Diffusion: Testing Rogers's Model. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, 89 (3), 431–457.
- Relly, J. E., Cuillier, D. (2010). A comparison of political, cultural, and economic indicators of access to information in Arab and non-Arab states. *Government Information Quarterly*, 27, 360–370.
- Rigout, F. (2012). A implantação do acesso à informação pública: o que pensam os gestores da área social do governo federal. *Anais do IV Seminário da Rede Brasileira de Monitoramento e Avaliação*. Rio de Janeiro: BNDES, Brasil.
- Roberts, A. (2010). A Great and Revolutionary Law? The First Four Years of India's Right to Information Act. *Public Administration Review*, 70 (6), 925–933.
- Sen, A. (2010). *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Senado Federal (2012a). *Ato da Comissão Diretora nº 9/2012 e alterações posteriores*. Regulamenta, no âmbito do Senado Federal, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso aos dados, informações e documentos de interesse da sociedade e do Estado. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/transparencia/leg/pdf/normas/ATC92012_compilado.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Senado Federal (2012b). *Ato do 1º Secretário nº 10, de 2012*. Dispõe sobre a forma de divulgação no Portal da Transparência do Senado Federal das informações relativas ao subsídio e à remuneração recebidos por senadores e servidores ativos, respectivamente. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/transparencia/leg/pdf/normas/ato-do-1o-secretario-no-10-de-2012.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- Shepherd, E., Stevenson, A., Flinn, A. (2010). Information governance, records management, and freedom of information: A study of local government authorities in England. *Government Information Quarterly*, 27, 337–345.
- Teubner, G. (1986). Industrial Democracy Through Law? Social Foundations of Law in Institutional Innovations. In Daindith, T., Teubner, G. (eds.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory* (pp. 261–273). Berlin: Walter de Gruyter.



FIM DO DOSSIÊ ESPECIAL
"DIREITO, ECONOMIA E
POLÍTICAS PÚBLICAS"

ADVOGADOS E POLÍTICA: notas a partir da observação de um encontro de advogados populares no início dos anos 2000 // *Frederico de Almeida*¹

Palavras-chave

advocacia / advocacia popular / advocacia e política / advogados / advogados populares

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Um encontro de advogados populares**
 - 2.1 Relações com as instituições estatais
 - 2.2 Relações com o direito
 - 2.3 A “esquerda punitiva”
 - 2.4 Aspectos organizacionais
- 3 Considerações finais e apontamentos de pesquisa**
- 4 Referências**

Resumo

Este texto tem por objetivo apresentar um relato de observação de um encontro de advogados populares brasileiros no início dos anos 2000. Embora trate-se de um relato isolado, exploratório e datado, acredita-se que sua publicação pode contribuir para outros estudos sobre o mesmo objeto, por representar uma fonte rica de informações sobre um objeto ainda pouco estudado; e por trazer dados sobre essa modalidade de advocacia politicamente orientada em um momento de mudanças nas relações desse grupo profissional com o Estado, o direito, os governos e as instituições de justiça. Ao final, os dados extraídos do relato de observação são analisados em face da literatura sobre a relação entre advogados e política, a fim de se apresentar explicações e hipóteses a serem desenvolvidas sobre a advocacia popular contemporânea no Brasil.

1 Professor do Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

LAWYERS AND POLITICS: notes from an observation of a meeting of “people’s lawyers” in the beginning of the 2000s // *Frederico de Almeida*

Keywords

political lawyering / cause lawyers / lawyers / lawyering / public interest lawyers

////////////////////////////////////

Abstract

This text aims at presenting a report from an observation of a meeting of Brazilian “people’s lawyers” in the beginning of the 2000s. Although it is an isolated, exploratory and dated report, we believe its publication can contribute to others studies on the same subject, because it is a rich source of information about a still understudied subject. Moreover, it provides data on this kind of political lawyering in a moment of change in the relationships between these professionals and the State, the law, governmental branches and the judicial system. At the end of the text, the data is analyzed in view of the literature on lawyers and politics, in order to present explanations and hypothesis to be developed about contemporary “people’s lawyering” in Brazil.

1 Introdução

Este texto tem por objetivo apresentar um relato de observação de um encontro de advogados populares brasileiros no início dos anos 2000. Embora trate-se de um relato isolado, exploratório e datado de uma pesquisa que não teve continuidade,² acredito que sua publicação pode contribuir para outros estudos sobre o mesmo objeto, por duas razões.

A primeira razão diz respeito à pouca disponibilidade de fontes sobre a advocacia em geral. Embora se trate da observação de um contexto no qual o pesquisador teve algum grau de interação e participação, o fato do relato abaixo se referir a apenas dois dias de trabalho de campo, e ter sido produzido com uma finalidade essencialmente exploratória, não permite caracterizar essa coleta de dados como uma *observação participante*.³ Por outro lado, é possível caracterizá-lo como um *excerto* de um *diário de campo*⁴ e, sob esse aspecto, manejá-lo em conjunto com outras fontes de pesquisa sobre o tema. Diante da escassez

2 O relato de observação contido neste texto foi produzido como primeiro registro de um diário de campo de pesquisa, então em fase inicial, sobre os advogados populares e defesa judicial de direitos humanos no Brasil, no âmbito do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Essa pesquisa daria continuidade às investigações produzidas no projeto *Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil*, do mesmo Instituto, e que teve seus resultados publicados em Lima e Strozake (2006), Haddad (2006) e Sinhoretto e Almeida (2006); porém, por razões financeiras e administrativas, a pesquisa sobre os advogados populares não teve continuidade. Note-se que minha inserção como pesquisador no contexto observado e relatado no material ora apresentado se deu justamente a partir de um convite para a apresentação de resultados daquela pesquisa anterior em um encontro de advogados populares diretamente interessados no tema. Agradeço a Jacqueline Sinhoretto e a Eneida Gonçalves de Macedo Haddad pelos comentários feitos à primeira versão desse relato de observação, à época de sua produção, e aos pareceristas anônimos da Revista de Estudos Empíricos em Direito pelos comentários a esta versão do artigo.

3 “A observação participante, implica, necessariamente, um processo longo. Muitas vezes o pesquisador passa inúmeros meses para ‘negociar’ sua entrada na área. Uma fase exploratória é, assim, essencial para o desenrolar ulterior da pesquisa. O tempo é também um pré-requisito para os estudos que envolvem o comportamento e a ação de grupos: para se compreender a evolução do comportamento de pessoas e de grupos é necessário observá-los por um longo período e não num único momento.” (Valladares, 2007, p. 153). No mesmo sentido, veja-se Becker (2014).

4 Sobre o uso de diários em diversas áreas de pesquisa, ver Zaccarelli e Godoy (2010). Sobre a possibilidade de uma reflexão antropológica a partir de experiências pessoais, ver Lima (1997).

de dados (*surveys* e etnografias, em especial) e estudos das ciências sociais sobre advocacia, em geral,⁵ e sobre a advocacia popular, em particular, acredito que a publicação de um material como o contido neste texto constitui uma importante contribuição.⁶

Isso nos leva à segunda razão, que diz respeito às análises sobre a advocacia popular, que justifica sua publicação, apesar de seu caráter fragmentado. Os estudos sociológicos sobre advocacia popular no Brasil têm por referência o contexto do fim do regime autoritário e de transição para a democracia. Nos estudos pioneiros desse campo de pesquisas, a advocacia popular é caracterizada, em geral, como uma modalidade de prática profissional definida pela prestação de assessoria jurídica a movimentos sociais, pela valorização da ação coletiva em detrimento da representação de interesses individuais, pelo engajamento político dos profissionais, pela mobilização de recursos extra-legais no apoio às demandas dos movimentos sociais, pela construção de interpretações alternativas e pela contestação do direito positivo vigente, a partir da oposição entre legalidade e legitimidade, e entre direito e justiça (Falcão, 1989; Campilongo, 2000; Junqueira, 1996, 2002).

Por outro lado, os poucos estudos mais recentes sobre essa modalidade de advocacia politicamente engajada indicam mudanças significativas nesse tipo de atuação profissional no Brasil. Em primeiro lugar, nota-se o surgimento de outras modalidades de advocacia politicamente orientada no Brasil, em grande parte surgidas da importação e adaptação de modelos políticos e profissionais, especialmente estadunidenses, como a advocacia de interesse público e a advocacia de causas coletivas (Engelmann, 2006a; Sá e Silva,

5 Há estudos, alguns deles já consagrados, sobre a Ordem dos Advogados do Brasil e sobre a advocacia como profissão e suas relações com a política (dentre os quais podemos citar: Bonelli, 2002; Motta, 2006; Rollemberg, 2008; Oliveira, 2015) e o sistema de justiça (Almeida, 2005), mas poucos estudos sobre as práticas profissionais e percepções dos advogados no funcionamento da justiça e em relação à sua própria identidade profissional (dentre os quais podemos citar: Falcão, 1984; Cunha et al., 2007; Bonelli et al., 2008; Lima; Almeida; Sinhoretto, 2011; além dos trabalhos específicos sobre advogados populares ou de causas coletivas que serão citados adiante).

6 O relato aqui publicado já foi inclusive utilizado, em sua forma original, como excerto de diário de campo, por Sá e Silva (2012).

2015; Sá e Silva, 2012). Em segundo lugar, e no que se refere especificamente à continuidade da advocacia popular de matriz local (brasileira e latino-americana), percebe-se uma mudança nos parâmetros de atuação desses advogados, especialmente no que se refere à relação com governos (agora democráticos e, no caso brasileiro, de origem popular e de esquerda), com a institucionalidade democrática (criada pela Constituição de 1988) e com o próprio direito positivo (legitimado formalmente em uma ordem democrática, e manejado de maneira pragmática buscando-se os melhores resultados objetivos e imediatos para a clientela atendida) (Sá e Silva, 2012);⁷ ao que tudo indica, essas mudanças acontecem trazendo conflitos internos à advocacia popular e na concorrência com as novas modalidades de advocacia politicamente engajada mencionadas.⁸

Nesse aspecto, o relato de observação que segue traz alguns elementos importantes das práticas e dos conflitos internos à advocacia popular em um momento que parece ser crucial para a compreensão dessas mudanças: a chegada do Partido dos Trabalhadores ao governo federal e os novos patamares de relação entre advogados, governo e movimentos sociais; a reflexão sobre práticas de advocacia a partir do maior ou menor tempo de experiência profissio-

7 O também recente estudo de Carlet (2015), por outro lado, reforça muito mais as continuidades do que as mudanças dos perfis e práticas de advogados populares.

8 Essas percepções vêm de resultados parciais de pesquisa em andamento sobre a atuação de advogados nos protestos urbanos ocorridos a partir de junho de 2013 nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro; os dados preliminares indicam que diferentes modalidades de advocacia politicamente orientada foram verificadas na defesa judicial e na representação de interesses de movimentos e manifestantes atuantes naqueles protestos, e que a advocacia popular identificada como tal (ou seja: advogados que expressamente se identificam como advogados populares), com origens na advocacia de movimentos populares analisada pela literatura já citada, vem enfrentando as mudanças e os conflitos internos mencionados acima. Agradeço ao meu companheiro de pesquisa Rodolfo Noronha pelos comentários ao relato que é apresentado aqui. Esses resultados preliminares foram apresentados em Almeida e Noronha (2015b); a pesquisa na cidade de São Paulo conta com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), no âmbito do projeto de pesquisa *Conflito político e sistema de justiça: a judicialização criminal dos protestos urbanos na cidade de São Paulo (2013-2015)*. Agradeço, por fim, à estudante Letícia Alves Cunha, bolsista do programa Bolsa Auxílio Estudo Formação (BAEF) da Universidade Estadual de Campinas, pelo apoio na pesquisa bibliográfica sobre advocacia e política.

nal e de lide com as instituições políticas e judiciais, e os conflitos geracionais e políticos internos que esses graus de experiência geram; e a própria expansão e consolidação dessa modalidade de advocacia em âmbito nacional, baseada em um modelo de rede articulada entre movimentos sociais, advogados orgânicos desses movimentos, articuladores locais e profissionais colaboradores eventuais. Por isso, além da mera apresentação do relato de observação em sua forma original de um diário de campo, optou-se pela produção, ao final do presente texto, de algumas considerações finais, de caráter analítico, e apontamentos de pesquisas futuras sobre o tema.

2 Um encontro de advogados populares

O relato que segue foi produzido a partir de minha participação como palestrante no Seminário Nacional “Reforma Agrária e os Direitos Territoriais: os obstáculos e os desafios aos operadores do direito”, realizados na cidade do Recife, de 16 e 17 de março de 2007, para o qual fui convidado para apresentar resultados de uma pesquisa anterior sobre a judicialização de conflitos agrários na esfera criminal.⁹ O evento, oficialmente organizado pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pela organização Terra de Direitos, foi sediado no Centro de Treinamento Cristo Rei, da Igreja Católica, na cidade de Camaragibe, Região Metropolitana de Recife. Estive presente nos dias 17 e 18.

2.1 Relações com as instituições estatais

Na manhã do dia 17 houve uma mesa de avaliação dos mecanismos institucionais de mediação de conflitos agrários; a mesa foi composta por representantes do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), da CPT, e da Terra de Direitos – entidades que, ao que me pareceu naquele momento, eram as responsáveis pela articulação e pelo suporte à Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP), organização de advocacia popular sobre a qual recaíam meus interesses de pesquisa naquele momento.¹⁰ Participou também

9 Ver nota 1, acima.

10 A RENAP foi organizada a partir do crescimento da atuação e das demandas de diversos movimentos sociais ao longo dos anos 1980 e 1990, especialmente o MST; surge como tal nos anos 90, a partir da realização de encontros anuais de advogados e do es-

da mesa, como debatedor, um ex-procurador geral de justiça do estado de Pernambuco. A relação da advocacia popular com o Ministério Público de Pernambuco (MPPE) parecia ser bastante intensa, e a esse tema voltarei mais adiante.

Além da apresentação de dados sobre a conflituosidade no campo (CPT) e a expansão das barragens para geração de energia hidrelétrica (MAB), foi abordado na discussão o funcionamento das Varas Agrárias, do Ministério Público e da Ouvidoria Agrária Nacional como mecanismos institucionais, judiciais e administrativos, de mediação de conflitos. No caso das varas judiciais especializadas, a avaliação se deu no sentido de que a simples existência de ramos de justiça especializada não representa, por si só, avanços na mediação dos conflitos e no atendimento às reivindicações do movimento social. As experiências positivas seriam, portanto, decorrentes de momentos políticos específicos e da atuação comprometida de juizes e promotores isoladamente. Uma comparação interessante foi feita por assessora jurídica da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, presente ao evento, que afirmou que a manutenção e o preenchimento das varas agrárias tem o mesmo problema das varas de execução penal, ou seja, não obedecem aos critérios regulares de promoção e preenchimento dos tribunais estaduais de justiça, dependendo, portanto, da vontade política da cúpula do judiciário em cada estado.¹¹

Outro ponto discutido dizia respeito à própria estratégia dos movimentos sociais em relação às varas agrárias, e às informações disponíveis para sua avaliação: avaliações positivas equivocadas, e, conseqüentemente, preferências diversas no interior dos movimentos, seriam decorrentes da transmissão a todo o movimento social das percepções de grupos locais que tiveram experiências positivas com a justiça especializada. Por isso, a declaração final do evento a partir do qual foi feito este relato afirmava a ne-

tabelecimento de uma rede de comunicação e acionamento de profissionais para demandas específicas e trocas de experiências. Nesse sentido, ver Rede Nacional de Advogados Populares (n.d.), Sá e Silva (2012) e Carlet (2015).

¹¹ Sobre o funcionamento de varas judiciais especializadas no processamento de conflitos agrários, ver Lima e Strozake (2006), e Sinhoretto e Almeida (2006).

cessidade de reavaliação e crítica do funcionamento da justiça especializada e de seu relacionamento com os movimentos sociais.

Críticas mais contundentes foram feitas à Ouvidoria Agrária,¹² em relação à qual parecia haver um certo ressentimento por parte dos movimentos sociais e da advocacia popular, que reclamavam o crédito não só pela criação da Ouvidoria, como também pela composição de seus quadros. Segundo essas críticas, a atuação da Ouvidoria teria se submetido à lógica da burocracia e da repressão, ainda que mais sutil, aos movimentos sociais, inclusive deslegitimando a ocupação de terras e espaços públicos como forma de ação política reivindicatória. Foram feitos relatos, inclusive por advogado popular que chegou a compor os quadros da Ouvidoria, de presença ostensiva de forças policiais juntamente com as equipes responsáveis pela mediação, e da orientação do Ouvidor de se exigir a desocupação dos imóveis como condição prévia à negociação. Também foram feitas críticas à falta de prioridade no uso do orçamento da Ouvidoria, e ao final ganhou corpo uma posição, entre os advogados populares, de que, apesar de ser “melhor com Ouvidoria do que sem ela”, o movimento social e a advocacia popular deveriam evitar o envolvimento direto com essa burocracia, principalmente pela indicação de membros para composição dos quadros da agência. Nesse sentido, a declaração final do evento também foi bastante crítica à Ouvidoria, afirmando a necessidade de crítica ao seu funcionamento e reavaliação de sua relação com os movimentos sociais e com órgãos judiciais e repressivos.¹³

2.2 Relações com o direito

Uma discussão interessante, surgida durante os trabalhos dessa mesa, e que voltou a aparecer nos debates da sessão da tarde (da qual participei como

¹² Criada no âmbito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) no primeiro governo Lula, a Ouvidoria Agrária foi transferida, em 2010, para a estrutura do Ministério do Desenvolvimento Agrário.

¹³ “O governo deve reavaliar, em diálogo com os setores organizados da sociedade, o modelo, o papel e as atribuições da Ouvidoria Agrária Nacional. É fundamental que, nos processos de mediação dos conflitos, os direitos dos hipossuficientes sejam garantidos. Por outro lado, é necessário rever os instrumentos prioritários utilizados pela Ouvidoria (varas e delegacias agrárias), pois estes acabam agravando os conflitos.” (Terra de Direitos, 2007).

palestrante), dizia respeito aos limites da legalidade e às concepções alternativas de direito. Esse, na verdade, é um debate que pareceu opor naquele momento advogados e militantes de direitos humanos mais jovens àqueles com mais experiência na advocacia popular e no trato com a legislação e as instituições públicas. Basicamente, o alvo das críticas, nesse primeiro momento, foi a ação do Ministério Público, mais diretamente, mas também da advocacia popular de maneira geral: foram questionados os limites da discussão e do manejo de instrumentos do direito positivo, em detrimento de novas concepções do direito, de seu potencial transformador, e de uma hermenêutica constitucional e principiológica.

Em defesa de sua atuação, o ex-procurador geral do MPPE – mencionado nas entrevistas que fizemos para a pesquisa anterior sobre conflitos agrários como o responsável, em sua gestão à frente do MPPE, pela criação da promotoria especializada, pelo suporte político aos promotores progressistas, pela instituição de cursos de direitos humanos e vivências em acampamentos de sem-terras para novos promotores e pela abertura da instituição aos movimentos sociais – afirmou que o direito e as instituições públicas são apenas *um* dos vários espaços possíveis de mediação de conflitos e afirmação de direitos e que são também um espaço político em disputa. De qualquer forma, o ex-procurador geral pareceu ser benquisto e admirado pela advocacia popular mais experiente, que reconhece os esforços de sua atuação e seu comprometimento com os movimentos sociais.

À tarde ocorreu minha apresentação da pesquisa sobre a judicialização dos conflitos agrários, seguida da fala de representante da organização Terra de Direitos sobre a situação da criminalização e da proteção pública dos defensores de direitos humanos, e dos debates suscitados por um promotor de justiça do MPPE. A pesquisa foi muito bem recebida, e ao final da sessão, fui procurado por várias pessoas, muitos dos quais copiaram de meu computador a apresentação de slides – mais tarde, inclusive, fui informado pela representante do Centro de Justiça Global, do Rio de Janeiro, que nossa pesquisa foi bastante citada por eles em petições de litigância internacional de direitos humanos. Curioso notar que o representante

da Terra de Direitos, no início de sua fala, apesar de reconhecer a validade dos esforços de pesquisa – inclusive porque esse é um ponto constante da agenda política dos defensores de direitos humanos para a avaliação das situações de criminalização – fez uma crítica genérica ao que chamou de “cientificismo” e seus limites; ao final da sessão, contudo, e devido (acredito eu) à boa recepção da pesquisa (que suscitou mais debates do que sua fala), ele deu mais ênfase à necessidade de pesquisas como a que realizamos, elogiou fortemente nosso trabalho, e reafirmou o caráter estratégico da relação dos movimentos sociais e defensores de direitos humanos com a universidade e com os centros de pesquisa.

As questões mais interessantes, contudo, foram levantadas a partir da fala do promotor de justiça, debatedor da mesa: ele fez uma autocrítica de sua função, buscando situar-se entre as duas correntes de pensamento que identificamos na pesquisa apresentada (*críticos* e *legalistas*),¹⁴ e ao final de sua reflexão disse que talvez não visse tanto problema em ser classificado em qualquer uma delas, em ambas ou em posições intermediárias.

Na verdade, esse promotor expôs publicamente os dilemas da atuação crítica dentro da legalidade e, mais do que isso, da atuação crítica dentro de uma instituição como o MP: por isso ter afirmado submeter-se a qualquer uma das classificações, já que, vinculado à legalidade (inclusive, muitas vezes, obrigado a oferecer denúncia contra trabalhadores) busca manejar crítica e estrategicamente a legalidade, ora sendo mais “útil” ser legalista, ora sendo mais “fácil” ou “possível” ser crítico, inclusive da própria legalidade. Por outro lado, criticou a própria instituição e

14 A partir das entrevistas com juízes, promotores e delegados atuantes em conflitos agrários nos estados do Pará, São Paulo e Rio Grande do Sul, pudemos classificar seus posicionamentos entre dois pólos: os *críticos* seriam aqueles que, compreendendo a dimensão social e política dos conflitos agrários, buscariam exercer a crítica teórica e prática da legalidade no sentido de construir interpretações mais adequadas à realização de objetivos de justiça social, promoção da igualdade e cidadania; por sua vez, os *legalistas*, mesmo que eventualmente admitissem dimensões mais amplas do problema, afirmavam buscar simplesmente a aplicação da lei, justificada em termos técnicos, mas também políticos (manutenção da ordem social, repressão da violência dos movimentos sociais, etc.) (Sinhoretto & Almeida, 2006).

seus agentes, dizendo que uma atuação do MP mais eficaz junto às polícias e à investigação criminal poderia evitar os dilemas da vinculação à legalidade, especialmente quando o promotor se vê obrigado a denunciar trabalhadores rurais pela prática de crimes.

Novamente, veio à tona o debate sobre as potencialidades transformadoras do direito e as possibilidades de um direito alternativo. Um jovem militante (que inclusive já havia se manifestado na sessão da manhã) discordou do promotor, afirmando que não só era possível, como era necessário que a crítica política e social estivesse presente na atuação judicial cotidiana do MP, em suas manifestações orais e escritas. Afirmando que direito e política são indissociáveis, cobrou do promotor uma atuação combativa mais explícita. Como o início de sua fala fez menção à pesquisa, e, portanto, fui o primeiro a responder, fiz a defesa da fala do promotor, e do caráter estratégico do manejo da legalidade (mesmo porque tive receio de parecer ter sido injusto e até mesmo indelicado na apresentação da pesquisa, ao não diferenciar claramente de quais operadores falávamos ao classificá-los como críticos ou legalistas).

Aproveitei para levantar uma questão que me parece central na pesquisa sobre advocacia e política, ao dizer que esse não era um problema só do MP, mas também da advocacia popular: como conciliar a crítica da legalidade e a construção de uma nova hermenêutica com a defesa eficiente de direitos e interesses concretos, imediatos? Afirmei que as instituições de justiça são espaços de disputa política, e que o combate judicial em casos isolados deve estar associado a estratégias de ocupação de espaços nessas instituições, inclusive a OAB, que me pareceu um ator invisível nos debates que presenciei.

O promotor defendeu sua posição, dizendo que compõe uma minoria no MP, fragilmente sustentada por apoios políticos internos e externos, e que não pode deflagrar um combate aberto, seja por meio de manifestações escritas de conteúdo político, seja por qualquer outra expressão de seu comprometimento com os movimentos sociais, sob pena de perder o espaço político conquistado e fazer retroceder o ativismo judicial na instituição. Um advogado da CPT, mais velho e experiente, fez uma fala no mes-

mo sentido, questionando o chamado “positivismo de combate”,¹⁵ dizendo que como advogado tem até mais liberdade para expor argumentos políticos, mas que sempre tem que pensar que há um cliente e um interesse concreto a defender, e que muitas vezes manifestações jurídicas de cunho político, sabidamente fadadas ao fracasso na instância judicial, podem representar o agravamento da situação de um réu preso ou de famílias acampadas em ocupações.

2.3 A “esquerda punitiva”

Outro debate interessante, decorrente da fala do representante da Terra de Direitos sobre as estratégias de proteção dos defensores de direitos humanos, dizia respeito ao aumento de penas e aos dilemas da “esquerda punitiva”.¹⁶ A assessora da Comissão de Di-

15 Associada ao movimento do “direito alternativo”, a expressão seria uma das manifestações daquele movimento, que consiste no reconhecimento de conquistas no âmbito legal que devem se tornar efetivas pelas práticas jurídicas e lutas populares; as demais manifestações do movimento do direito alternativo seriam os “usos alternativos do direito” (interpretações alternativas do direito vigente, em um sentido “democratizante”) e o direito alternativo “em sentido estrito” (um direito não estatal, não oficial, surgido da experiência social); nesse sentido, ver Flores e Rubio (1993). Percebe-se que a crítica do advogado ao positivismo de combate, relatada acima, refere-se ao aspecto menos controvertido ou inovador do movimento do direito alternativo, o que sugere uma posição ainda mais pragmática e conservadora dentro da advocacia popular. Para análises do movimento do direito alternativo, ver Guanabara (1996) e Engelmänn (2006b); sobre o positivismo de combate e as estratégias de interpretação constitucional do direito infraconstitucional no âmbito da advocacia popular contemporânea no Brasil, ver Carlet (2015).

A expressão foi cunhada por Karam (1996) em um famoso texto da criminologia brasileira, para caracterizar o fenômeno por meio do qual setores da esquerda representantes de segmentos sociais específicos defendem a expansão do poder punitivo do Estado para alcançar condutas e atores não abarcados pela legislação criminal. Segundo a autora: “Distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultado das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista, aqueles amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico.” (Karam, 1996, p. 79). Sobre as demandas por criminalização apresentadas por grupos e movimentos sociais em suas lutas por reconhecimento, ver também Pitch (1995).

reitos Humanos da Câmara fez esse questionamento à mesa, a partir da proposta dos defensores de direitos humanos de se aumentar a pena para o crime de ameaça contra essas vítimas específicas, deslocando seu tratamento da Lei nº 9.099/1995¹⁷ para as instâncias judiciais tradicionais; sua preocupação era a de que o aumento de pena se voltasse contra os próprios militantes. O mesmo advogado experiente da CPT que havia se manifestado no debate anterior questionou a agenda punitiva sustentada pelos movimentos sociais, e na minha oportunidade de falar eu procurei demonstrar que esse é um problema antigo do direito penal (a eficácia da pena) e que a esquerda e os movimentos sociais, a meu ver, ainda não foram capazes de fazer uma reflexão sobre isso.

Usando os dados de minha apresentação sobre a judicialização dos conflitos agrários, sustentei que a Lei dos Crimes Hediondos não foi feita para o movimento social, mas que naquele momento se discutia no âmbito legislativo que a ocupação de terras fosse considerada crime hediondo;¹⁸ além disso, expus resultados de pesquisa sobre crimes de roubo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais & Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2005), para dizer que, embora o sentimento pessoal de injustiça e as percepções de impunidade sejam importantes no debate sobre a justiça brasileira, argumentos de “punição exemplar” são cotidianamente aplicados a réus pobres em julgamentos isolados de crime de roubo, penalizando parcelas consideráveis da população não-organizada.

17 Conhecida como Lei dos Juizados Especiais Criminais, que prevê soluções transacionadas e não restritivas de liberdade (acordos restaurativos, prestação de serviços a comunidades, restrições parciais de direitos, etc) a crimes considerados de menor potencial ofensivo, assim definidos em função do tamanho da pena (em anos) prevista em lei.

18 Em novembro de 2005, o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Terra, formada no Congresso Nacional para apurar as ações de movimentos reivindicatórios da reforma agrária, sugeriu a tipificação da ocupação de terras como crime hediondo; em 2009, a Comissão de Agricultura do Senado rejeitou a proposta. Na pesquisa já mencionada sobre a judicialização dos conflitos agrários (Sinhoretto & Almeida, 2006), identificamos que a ação política de ocupação de terras como meio de pressão para desapropriação para fins de reforma agrária já era enquadrada, por operadores da linha “legalista”, no crime de esbulho possessório (artigo 161, II do Código Penal). A sua tipificação como crime hediondo representaria agravamento de penas e endurecimento do regime prisional, impossibilitando, por exemplo, a progressão para regime mais brando após condenação inicial em regime fechado.

Pela reação do público e dos debatedores, tive a impressão de que a reflexão sobre a “esquerda punitiva” começava a surgir no interior dos movimentos sociais (ou ao menos da advocacia popular), com mais espaço do que eu imaginava inicialmente; em sua resposta à provocação sobre os efeitos negativos da punição feita pela assessora da Comissão da Câmara, o representante da Terra de Direitos afirmou, ao final, que a proposta de aumento de pena para o crime de ameaça não era um ponto pacífico mesmo dentro do movimento de direitos humanos, e que estava aberta a discussões.

2.4 Aspectos organizacionais

No dia 18, após o almoço, fui chamado a participar, na qualidade de observador, da reunião dos advogados das organizações de suporte à RENAP, que tratariam especificamente da reestruturação da rede. Só então pude entender a forma de organização da RENAP naquele momento, e as questões envolvidas no processo de reestruturação que se pretendia estabelecer a partir daquelas organizações presentes na reunião.

O diagnóstico apresentado pelos participantes – cinco representantes do MST, dois da Terra de Direitos, um do MAB e um “independente”, vinculado ao curso de direito da UnB – era, de um lado, de necessidade de readequação da RENAP a uma nova necessidade de assessoria jurídica caracterizada pelo reforço dos serviços jurídicos das organizações populares e de direitos humanos, associada à diminuição da demanda decorrente do panorama político favorável (governo Lula, diminuição do número de ocupações e do enfrentamento direto entre movimentos e proprietários/governos); e, de outro lado, de desgaste do modelo de organização da Rede que, segundo as análises apresentadas, se estruturaria em três níveis, ou grupos profissionais: (i) os advogados e serviços de assessoria jurídica das organizações (chamados por eles de “*orgânicos*”); (ii) os *articuladores estaduais* da RENAP; e (iii) os advogados colaboradores eventuais (chamados por eles de “*não-orgânicos*” ou “*orbitantes*”).

Mais especificamente, defendeu-se na reunião a falência do modelo da rede, na medida em que se verificaria um descolamento desses três níveis, caracterizado pela desvinculação da ação dos orbitantes e até mesmo dos articuladores estaduais das “demandas

concretas” das organizações e movimentos sociais, e também pela falta de coordenação efetiva e controle sobre a ação dos orbitantes, espalhados pelo território nacional e com vinculações eventuais e esporádicas às demandas dos movimentos sociais. A situação de fato, segundo essa avaliação, era a de que a articulação nacional da RENAP e sua vinculação aos movimentos sociais dependeriam naquele momento, na prática, dos esforços e recursos financeiros das organizações do movimento social.

Nesse sentido, me pareceu claro um conflito estabelecido entre *orgânicos* e *articuladores* pelo controle da RENAP, com relatos frequentes de disputas políticas entre eles e uso político das redes estaduais no interesse dos articuladores locais: foram mencionados desde casos de “separatismo” de grupos de advogados (em Minas Gerais, Rio de Janeiro, Goiás, e estados do Nordeste), até episódios de uso político do nome da RENAP por advogados *orbitantes* em busca de autopromoção, passando por intervenções indevidas e temerárias destes em processos locais de grande importância para os movimentos.

Além da questão da capacidade de controle e coordenação da RENAP pelas organizações de suporte, uma questão de fundo, importante para os interesses da pesquisa sobre advocacia popular, pareceu evidente na visão dos *orgânicos*: a de que, como ação política, a organização dos advogados populares deveria estar subordinada à organização do movimento social, sendo refutados os objetivos de constituição de uma advocacia popular como ator político próprio e como forma de ativismo judicial e militância política em si mesma (falou-se, inclusive, em “OAB paralela”). Chamou minha atenção, nesse sentido, a preocupação dos *orgânicos* com a constituição, no Nordeste, da chamada “Confederação do Equador” que, segundo eles, teria justamente esse objetivo de constituir a advocacia popular como ator político aliado, mas independente das organizações do movimento social.

Por outro lado, foi consensual entre os *orgânicos* presentes a avaliação de que a RENAP não poderia prescindir da atuação dos *orbitantes*, que muitas vezes se associavam à rede justamente buscando uma forma de militância política baseada exclusivamente no ativismo judicial. Nesse sentido, a estratégia defendida

na reunião foi a de maior envolvimento direto dos *orgânicos* na articulação da RENAP, incluindo a agregação dos *orbitantes*, inclusive como forma de suplantar, aos poucos, o poder dos *articuladores estaduais* (um dos presentes chegou a falar em uma estratégia de “asfixia” dos articuladores, no que foi sutilmente censurado por outros *orgânicos*, talvez por ter sido demasiado explícito).

Além disso, optou-se por valorizar os encontros locais e nacionais, e os cursos de formação e especialização, não só como forma de reunião e manutenção da rede em torno dos *orbitantes*, mas principalmente com o objetivo de vinculá-los mais proximamente às demandas das organizações do movimento social e transmitir-lhes conteúdo político, e não só técnico. Esses encontros e cursos serviriam também como fórum de discussão e coordenação dos *orgânicos*, substituindo assim, aos poucos, as reuniões regionais e nacionais de articuladores.

Quanto às entidades às quais filiam-se os *orgânicos*, era evidente o protagonismo do MST, que parecia pautar a agenda da RENAP, ao passo que também a sustentava financeira e administrativamente. Em determinado momento da reunião, o representante da Terra de Direitos pediu maior participação em iniciativa adotada pelo MST e que dizia respeito à RENAP como um todo (no caso, a participação na definição de linhas editoriais das publicações da RENAP, já então negociada pelo MST junto à editora Expressão Popular). Já o representante do MAB afirmou que as dimensões de sua organização tornavam imprescindível o recurso à militância dos *orbitantes*, ao passo que limitavam seu próprio envolvimento no suporte e na articulação da rede. Ao final da reunião estabeleceu-se um calendário de encontros futuros daqueles *orgânicos*, que concretizariam os encaminhamentos e as deliberações adotadas na reunião.

3 Considerações finais e apontamentos de pesquisa

Como afirmado inicialmente, o relato de observação exposto acima apresenta limitações metodológicas evidentes, que impedem que ele se constitua, por si só, em uma fonte de dados para uma análise consistente e fundamentada da advocacia popular. Por

outro lado, as evidências trazidas pela observação do encontro de advogados populares permitem a formulação de alguns *insights* e hipóteses de pesquisa sobre a advocacia popular, quando confrontadas com outros estudos sobre as relações entre advocacia e política e sobre a advocacia popular, em especial.

A primeira consideração diz respeito à relação mais ampla entre advogados e política. Conforme aponta Halliday (1999), as tensões entre autonomia profissional e Estado, e entre ação de mercado e ação política são centrais para se compreender a relação entre advogados e política. No caso da advocacia popular, essa tensão é ainda mais vívida, na medida em que essa modalidade de advocacia tem sua origem, no Brasil como na América Latina, na assessoria de movimentos *contra o Estado*, num primeiro momento (isto é: contra regimes autoritários e transições políticas mais ou menos inclusivas) (Falcão, 1989; Junqueira, 2002).

Nesse aspecto, as informações trazidas pelo relato mostram novos dilemas da advocacia popular decorrentes da democratização política do Estado brasileiro, especialmente no que se refere às relações com os poderes executivo e judiciário, ainda vistos como conservadores e muitas vezes autoritários, mas já legitimados formalmente em uma nova ordem constitucional democrática que incorporou direitos e princípios igualitários. Esses dilemas parecem compor aquilo que Sá e Silva (2012) chama de *desafio de identidade* da advocacia popular: a ordem legal e política não pode mais ser simplesmente considerada *contraditória* (como o era durante a ditadura), e traz consigo uma série de garantias e direitos que podem ser considerados plenamente adequados aos interesses populares.

Esse dilema se acentua e se especifica quando se analisa a vinculação mais direta dos advogados populares e dos movimentos aos quais eles se ligam com o Partido dos Trabalhadores (PT). Essa vinculação já havia sido percebida por Junqueira (2002), mas deve ser analisada por outro ângulo a partir da chegada do PT ao poder federal, com a eleição de Lula em 2002. Nesse sentido, as resistências, críticas e desconfiças em relação ao Estado em geral se sobrepõem aos problemas de independência em relação ao governo e de compromissos militantes trazidos pela participação do PT no governo federal; os

debates, relatados acima, sobre a Ouvidoria Agrária Nacional (criação do governo reconhecida como importante, mas cuja atuação é criticada) é emblemática desse tipo de dilema. Somem-se a isso os debates específicos sobre o papel da advocacia popular na criação da Ouvidoria, e sobre a participação de advogados populares como quadros daquele órgão.

A chegada do PT ao poder também trouxe outro problema para a organização da advocacia popular, fortemente baseada em movimentos sociais organizados. De um lado, como consta do relato acima, havia a percepção de que a RENAP deveria se reorganizar diante da diminuição da mobilização dos movimentos sociais e dos enfrentamentos com o governo, agora tido como aliado. Sá e Silva (2012) acrescenta a esse dado informações sobre o avanço da inclusão social e a diminuição das desigualdades nos governos do PT e os impactos da criminalização sistemática dos movimentos sociais em períodos anteriores como fatores de desmobilização daqueles movimentos, com impactos no recrutamento e na articulação dos advogados populares.

De outro lado, a relação tensa entre governo e movimentos sociais também pode estar na base dos problemas de articulação e “separatismo” da RENAP, mencionados no relato acima; afinal, uma hipótese que pode ser construída e investigada é a de que a maior ou menor coesão da rede de advogados populares pode variar em função da maior ou menor proximidade e/ou tolerância dos diversos movimentos atendidos e articuladores da RENAP (apesar da centralidade do MST) em relação ao governo federal e aos governos locais.

Outro dado importante trazido pelo relato acima tem a ver com a relação dos advogados populares com o direito. Como já indicado anteriormente, a prática da advocacia popular esteve pautada, segundo seus primeiros analistas, pelo uso político (*alternativo*) do direito positivo e pela oferta de serviços legais *inovadores* (em oposição aos serviços legais *tradicionais* da advocacia liberal regular) (Campilongo, 2000; Falcão, 1989). Estudos recentes sobre a advocacia popular (Carlet, 2015; Sá e Silva, 2015; Sá e Silva, 2012) mostram que a advocacia popular ainda pode ser caracterizada pela inovação dos serviços legais prestados,

embora apontem também que a vigência da ordem constitucional democrática torna essa prática profissional menos contestatária e subversiva da ordem jurídica; por outro lado, a vigência da nova ordem constitucional e o seu reconhecimento como conquista de lutas sociais permite a ressignificação do “positivismo de combate” no esforço de interpretação constitucional do direito infraconstitucional (Carlet, 2015).

Nesse aspecto, a questão geracional merece ser melhor investigada: se no relato acima – e também em nossa pesquisa em andamento sobre advocacia e política nos protestos urbanos de junho de 2013 no Brasil (Almeida & Noronha, 2015) – a acomodação ao direito vigente e a uma atuação mais “pragmática”, “responsável” e “técnica” parece vir de advogados populares mais velhos e experientes na lide com as instituições judiciais, no estudo de Sá e Silva (2012) essa acomodação é atribuída aos advogados populares mais jovens, formados e socializados já na ordem jurídica e política pós-Constituição de 1988.

A essa questão pode estar associada o problema da maior ou menor autonomia dos advogados populares em relação aos movimentos sociais, e do protagonismo dos advogados como atores políticos. Rechaçado pelos advogados populares cujas posições e percepções estão relatadas acima, esse protagonismo, porém, aparece nas iniciativas de “separatismo” e no eventual “oportunismo” de advogados orbitantes e articuladores estaduais; uma hipótese a ser investigada é se o aumento da profissionalização da advocacia popular aumenta as tendências a esse protagonismo (ainda que se caracterize como um protagonismo “técnico”, especializado), na medida em que a profissionalização da advocacia, em geral, pode ser entendida como a construção social e política de conhecimento especializado (uma *expertise*) e da autonomia da profissão em relação tanto ao Estado quanto aos clientes e aos leigos em geral (Bonelli, 2002).¹⁹

19 Divergências sobre o protagonismo dos advogados em face dos movimentos sociais também aparecem na análise preliminar dos dados sobre a advocacia nos protestos de junho de 2013, e se expressam nos conflitos entre grupos de advogados que enxergam a advocacia em si como uma forma de movimento e ativismo (*advogados ativistas*) e aqueles profissionais que defendem um papel subordinado dos advogados em relação ao protagonismo dos movimentos sociais (*advogados populares*); nesse sentido, ver

Ainda no que se refere à relação da advocacia com o direito positivo, está a questão da “esquerda punitiva” (Karam, 1996). Como se viu acima, essa parecia ser, à época do relato, uma questão delicada no interior da advocacia popular e dos movimentos sociais por ela assessorados. Se, por um lado, grande parte das questões jurídicas enfrentadas pela advocacia popular está relacionada à seletividade da justiça criminal e ao seu uso preferencial como meio de resolver a questão social (em detrimento de outras intervenções estatais), por outro lado, a estratégia de criminalizar aqueles que agem violentamente contra militantes sociais e seus defensores parecia ganhar corpo nos movimentos sociais ligados e nos próprios advogados ligados à RENAP. Nesse sentido, uma investigação mais específica sobre socialização, percepções e experiências com a justiça tanto de militantes quanto de advogados populares pode ajudar a compreender esse tipo de posicionamento.

Por fim, situar a advocacia popular em relação a outras formas de advocacia politicamente engajada, mas também em relação a novas formas de ativismo político e organização dos movimentos sociais pode contribuir para a compreensão de vários conflitos e dilemas dessa modalidade profissional e para o desenvolvimento mais refinado de hipóteses apresentadas acima. Portanto, é preciso não só compreender o surgimento, a incorporação e a concorrência de novas relações entre advocacia e política em termos de inovação de práticas jurídicas, de diferenciação interna do campo jurídico brasileiro e de suas conexões nacionais e internacionais – como já o fazem os estudos de Sá e Silva (2012) e Engelmann (2006a), a partir da ideia de circulação internacional de modelos políticos e jurídicos –, mas também compreender, como sugere Junqueira (1996), a relação entre demandas sociais e serviços legais em um padrão *moderno* (baseado na ideia de classe e em uma narrativa macrohistórica, orientada para as instituições políticas do Estado nacional) ou *pós-moderno* (baseado em identidades específicas, como de raça e gênero, em narrativas localizadas e identitárias, e na construção de alternativas políticas societárias e participativas). Talvez esteja nessa transição do moderno para o pós-moderno (ainda que o pós-modernismo

Almeida e Noronha (2015).

seja um conceito questionável) a explicação para os dilemas da advocacia popular em relação à sua fragmentação organizacional, aos seus padrões identitários e às suas relações contraditórias com o Estado, o direito e a justiça criminal, presentes no relato acima.

////////////////////////////////////

4 Referências

- Almeida, F. N. R. de. (2005). *A advocacia e o acesso à justiça no estado de São Paulo (1980-2005)*. Universidade de São Paulo.
- Almeida, F. de; Noronha, R. (2015). Advogando nas ruas: advocacia em protestos urbanos em São Paulo e no Rio de Janeiro (2013-2015). In *39o Encontro Anual da Anpocs*. Caxambu. <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=9604&Itemid=461>
- Becker, H. S. (2014). A epistemologia da pesquisa qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos Em Direito*, 1(2), 184–198. <<http://doi.org/10.1080/19398440903192357>>
- Bonelli, M. da G. (2002). *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: EdUFS-Car; Sumaré.
- Bonelli, M. da G.; Cunha, L. G.; Oliveira, F. L. de; Silveira, M. N. B. da. (2008). Profissionalização por gênero em escritórios paulistas de advocacia. *Tempo Social*, 20(1), 265–290.
- Campilongo, C. F. (2000). Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. In C. F. Campilongo (Ed.), *O direito na sociedade complexa* (pp. 15–52). São Paulo: Max Limonad.
- Carlet, F. (2015). Advocacia Popular: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. *Revista Direito E Práxis*, 6(10), 377–411. <<http://doi.org/10.12957/dep.2015.15409>>
- Cunha, L. G.; Bonelli, M. da G.; Oliveira, F. L. de; Silveira, M. N. B. da. (2007). Sociedades de advogados e tendências profissionais. *Revista Direito GV*, 3(2), 111–138.
- Engelmann, F. (2006a). Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. *Lua Nova: Revista de Cultura E Política*, (69), 123–146.
- Engelmann, F. (2006b). *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Falcão, J. de A. (1984). *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Massangana.
- Falcão, J. de A. (1989). Democratização e serviços legais. In J. E. Faria (Ed.), *Direito e Justiça: a função social do Judiciário* 1 (pp. 145–158). São Paulo: Ática.
- Guanabara, R. (1996). Visões alternativas do direito no Brasil. *Estudos Históricos*, (18), 403–416.
- Haddad, E. G. de M. (2006). Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 14(62), 265–279.
- Halliday, T. C. (1999). The politics of lawyers: an emerging agenda. *Law & Social Inquiry*, 24(4), 1007–1011. <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-4469.1999.tb00416.x/abstract>>
- Herrera Flores, J.; Sánchez Rubio, D. (1993). Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica. *Jueces Para La Democracia*, 1(20), 87–93. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2526763&orden=0>
- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, & Instituto de Defesa do Direito de Defesa. (2005). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM.
- Junqueira, E. B. (1996). Naranjas y manzanas: dos modelos de servicios legales alternativos. *El Otro Derecho*, 7(21), 27–57.
- Junqueira, E. B. (2002). Los abogados populares: en busca de una identidad. *El Otro Derecho*, (26-27), 193–227.
- Karam, M. L. (1996). A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, 1(1), 79–92.
- Lima, R. K. de. (1997). *A antropologia da academia: quando os índios somos nós* (2nd ed.). Niterói: EDUFF.
- Lima, R. S. de; Almeida, F. de.; Sinhoretto, J. (2011). Visões de política criminal em São Paulo. In R. S. de Lima (Ed.), *Entre Palavras e Números: Violência, Democracia e Segurança Pública no Brasil*. São Paulo: Alameda.
- Lima, R. S. de; Strozake, J. J. (2006). Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 14(60), 321–339.
- Motta, M. S. da. (2006). A Ordem dos Advogados do Brasil: entre a corporação e a instituição. *Ciência Hoje*, 39, 32–37.
- Oliveira, L. B. de. (2015). *A atuação complexa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na crise política do governo de Fernando Collor de Mello*. Universidade Estadual de Campinas.
- Pitch, T. (1995). *Limited responsibilities: social movements and criminal justice*. London: Routledge.

- Rede Nacional de Advogados Populares. (n.d.). Histórico. Retrieved September 3, 2015, from <<http://www.renap.org.br/index/historico/>>
- Rolleberg, D. (2008). Memória, Opinião e Cultura Política. A Ordem dos Advogados do Brasil sob a Ditadura (1964-1974). In D. A. Reis & D. Rolland (Eds.), *Modernidades Alternativas* (Vol. 1, pp. 57–96). Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.
- Sá e Silva, F. de. (2012). *Lawyers and Governance in a Globalizing World: Narratives of “Public Interest Law” Across the Americas*. Northeastern University.
- Sá e Silva, F. de. (2015). Hegemonia e contra-hegemonia na globalização do direito: a “advocacia de interesse público” nos Estados Unidos e na América Latina. *Revista Direito E Práxis*, 6(10), 310–376. <<http://doi.org/10.12957/dep.2015.15408>>
- Sinhoretto, J.; Almeida, F. de. (2006). A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 14(62), 280–334.
- Terra de Direitos. (2007). Carta do Seminário Nacional: REFORMA AGRÁRIA E DIREITOS TERRITORIAIS – Camaragibe/Pernambuco. Retrieved September 3, 2015, from <<http://terradedireitos.org.br/2007/03/21/carta-do-seminario-nacional-reforma-agraria-e-direitos-territoriais1-camaragibepernambuco/>>
- Valladares, L. (2007). Os dez mandamentos da observação participante. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 22(63), 153–155. <<http://doi.org/10.1590/S0102-69092007000100012>>
- Zaccarelli, L. M.; Godoy, A. S. (2010). Perspectivas do uso de diários nas pesquisas em organizações. *Cadernos EBAPE.BR*, 8(3), 550–563. <<http://doi.org/10.1590/S1679-39512010000300011>>

IMPACTS OF DIVORCE LAW CHANGES IN BRAZIL AND THE “EXTINCTION” OF JUDICIAL SEPARATION // *Antônio J. MaristrelloPorto*¹ and *Pedro H. Butelli*²

Keywords

divorce / judicial separation / impact evaluation

////////////////////////////////////

Summary

1 Introduction

1.1 The Evolution of Divorce Law in Brazil

2 Data

2.1 Data and Methodology

2.2 Empirical Strategy

3 Results

4 Conclusion

5 References

6 Appendix

Abstract

This paper explores the connections between the most recent divorce-related law change, the Constitutional Amendment n.66 (CA66), and its impacts on individual decisions in this regard in Brazil, while analyzing how immediate the behavioral repercussions are for this type of law change and how judicial separation is affected by the fact that it is no longer a prerequisite for divorce. We have found that divorce and marriage rates increased significantly while separations decreased, showing that the law was strongly effective in less than 6 months and that judicial separation seemed to be chosen almost exclusively because of its status as an obligation.

1 Coordinator of the Center for Research in Law and Economics (CPDE), FGV Direito Rio (FGV Law School), J.S.D, University of Illinois, antonio.maristrello@fgv.br.

2 Researcher of the Center for Research in Law and Economics (CPDE), FGV Direito Rio (FGV Law School), M.A and PhD Candidate in Economics at EPGE/FGV-RJ, pedro.butelli@fgv.br.

IMPACTOS DA MUDANÇA NA LEI DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A “EXTINÇÃO” DA SEPARAÇÃO JUDICIAL // Antônio J. Maristrello Porto e Pedro H. Butelli

Palavras-chave

divórcio / separação judicial / avaliação de impacto

////////////////////////////////////

Resumo

Este trabalho explora as conexões entre a mais recente mudança legislativa referente ao divórcio – a Emenda Constitucional n.66 – e seus impactos nas decisões individuais a esse respeito. Para tanto, analisa-se, por um lado, quão imediata são as repercussões comportamentais para esse tipo de mudança legislativa e, por outro, como a separação judicial é afetada pelo fato que ela não mais é um pré-requisito para o divórcio. Os resultados mostram que as taxas de divórcio e de casamento aumentaram significativamente, enquanto a separação judicial decresceu. Isso mostra que a lei foi bastante efetiva em menos de seis meses e que a separação judicial parecia ser utilizada quase que exclusivamente por seu status de obrigatória.

1 Introduction

Similarly to what was done by Garoupa and Coelho (2006), we aim to shed light on how the decreasing cost of divorce by the exclusion of one of its prerequisites affects individuals' decisions on marriage and its dissolution through either divorce or judicial separation, while learning how quickly these changes cause the observed effects. Analyzing a recent law change that occurred in Brazil in July 2010, we verify how divorce, separation and marriage rates were directly affected by the law. We used a linear regression with time and space fixed effects, which should help us get rid of the effects of any unobservable characteristics in the population. These could affect our estimates of the isolated impact of the studied law but unfortunately, such data are not available.

In order for us to comprehend this relationship we need to control for factors other than the law change itself that might influence decisions regarding marriage. This control will allow us to better understand if changes on divorce rates, for example, were indeed caused by divorce-related legal reform or if other factors have influenced them.

We begin by briefly describing the most important reasons behind the decision to form (and dissolve) marriage and for that we will use the authors Rasul and Matourchek (2008, p. 60). Firstly, there are the Hedonic factors, which are the emotional benefits that couples gain with marriage. They can be seen as being represented by the utility derived from the relationship: if the amount of utility from marriage is reduced, the incentives to divorce will increase, if we believe that the opportunity cost³ of being in a committed relationship is independent to how beneficial the current relationship is. In other words, if the benefit of being single or in a relationship with someone other than your spouse is higher than the utility

3 Indeed, “[s]ince people face tradeoffs, making decisions requires comparing the costs and benefits of various courses of action.” In this sense, “the opportunity cost of an item is what you give up to get that item. When making any decision, as when it comes to attending a university, decision makers should be aware of the opportunity costs that accompany each possible action”. In deciding to marry, all other possible actions restricted by making that decision should be considered as part of the opportunity cost of getting married.

gained from marriage, divorce will become a more attractive alternative. These utility gains are notably hard to measure, but this should not pose a problem to us since we are willing to accept that the emotional gains from marriage are not directly affected by the legal change, i.e. the change in the law regarding divorce is exogenous to the feelings of married couples in a way that it is unaffected by and does not change the love that couples feel for each other. With this assumption, we are basically saying that in the months surrounding the time the law came into force, there was no sudden, widespread change in the hedonic factors in a specific direction, i.e., people didn't start loving or despising their spouses more. Some couples liked each other more, some less, but for the average couple, the love they feel for each other remained the same, or at least the change was exogenous to our treatment. This is important because it allows us to assert that the impact we estimate for the law change wasn't due to unobserved variations in couples' feelings caused by the law we're analyzing.

The economic factors, as put by Stevenson and Wolfers (2007), are the ones that materialize through production and consumption complementarities⁴ and through the insurance against economic shocks that members of a couple can provide to each other. The production complementarities represent the specialization of each individual in the job market and in the production of household goods and services, such as one individual taking care of their kids and his/her spouse working in a regular job and being the financial provider, which could make them more productive together than separated. Consumption complementarities are the benefits to one individual that come from the externalities generated by the consumption of goods by their spouses. Also, marriage can be interpreted as insurance, represented by the diversification of the couple's activities and assets and by the overall financial support that one individual gives the other.

According to Rowthorn (2002, p. 144), the marriage

4 Complementary goods or services are those whose use is associated with the use of another good or service, so that the demand for one is accompanied by a demand for the other. If the price of one good falls and its demand increases, generally the demand for its complementary good will also increase.

contract also serves as a signaling device, where individuals reveal to each other their commitment, which is private information. This signaling becomes less costly with the decreasing costs of getting married and divorced, both of which would work in the way of increasing marriages. The smaller the cost of divorce, the weaker will marriage work as a signaling device, since it is a decision that is now easier to reverse.

Other than the variables that influence the decision to marry, it is necessary to analyze the factors that affect the divorce decision, which is complex enough to be difficult for researchers to assess in a statistically rigorous way. Infidelity, tediousness and other sentimental factors are hard (if not impossible) to observe and measure in a way that would allow us to use the econometric methods that would reinforce the causality link sought in this paper. However, some variables such as current economic conditions or the couple's characteristics are variables that we can observe and may have a direct impact on divorce decisions. A couple that is becoming increasingly emotionally incompatible may decide to stay together for financial reasons⁵ which would disappear as soon as the economy gets better, allowing them to part their ways.

Religion may also affect those decisions, with religious individuals deciding on divorce and marriage in significantly different ways than non-religious individuals; for instance: the former being less prone to divorce than the latter, since they may be constrained by religious motives other than the other ones mentioned in this section.

A person's education⁶ is also a variable that must be controlled for, since it affects their economic independence from their partners and therefore their divorce and marriage decisions. Education also might correlate with certain characteristics such as risk-averseness, which could make individuals postpone marriage until reaching financial security. Controlling for these variables and all the factors cited above, we would be closer to isolating the impact of legal change on divorce rates.

5 The cost of the legal process can be an economic factor that influences the decision to carry on with divorce.

6 Education here refers to the number of years of formal schooling.

In the next section, we describe the law changes that have occurred in Brazil since the beginning of the 20th century that are relevant to our study. In Section III we briefly show some descriptive statistics relative to divorce in order to justify our choice to analyze CA66, and all variables used in this study are explained in more detail in Section 2. Section 2.2 describes the empirical strategy used in this paper, with results presented in Section 3, while Section 4 concludes.

1.1 The Evolution Of Divorce Law In Brazil

We will focus on the evolution of divorce-related laws throughout the years, analyzing five important events regarding this theme in Brazil: The Civil Code of 1916; Law 6.515 of 1977; Law 1.841 of 1989; the Civil Code of 2002; Law 11.441 of 2007; and the Constitutional Amendment n.66 of 2010. It is not in the scope of this paper the detailed description of the judicial, legal, historic and social backgrounds that resulted in the specific legal changes, but we will provide a brief overview of the most important changes throughout recent history.

The start of the evolution is marked by a strong influence of the Catholic religion and the canon law. For this reason, the first events that we will write about did not provide for wedding dissolubility once it was considered a regulated agreement by rules of natural law.

According to the Civil Code of 1916, marital union could only be dissolved through death, annulment or friendly/litigious judicial separation⁷. The minimum requirements for friendly judicial separation were mutual consent and the couple had to be married for at least 2 years. In litigious judicial separation, at least one of the following must have occurred: adultery, insult, attempted homicide, or voluntary marital abandonment. However, even after judicial separation was granted, the marital bond was kept, impeding new marriages for both individuals.

7 Judicial separation was understood as a sentence that allowed the separation of the spouses and ended the matrimonial regime. It had similar effects to the dissolution of marriage, but did not end the marriage bond, which was still lifelong, preventing separated individuals to constitute a new marriage. Thus, the separation did not break the bond, but only the conjugal partnership. The bond was extinguished only with death.

Law 6.515 from 1977, known as the “Divorce Law”, and the Constitutional Amendment n.9 changed how divorce was treated in Brazil, allowing the dissolution of marital bonds while maintaining the impossibility of forming new ones. More specifically, the constitutional indissolubility of marriage was changed only with the approval of Constitutional Amendment n.9, 1977. The constitutional rules were changed to give us the following text: (“... marriage can only be dissolved in cases specified by law, provided that there is prior legal separation for more than three years” (emphasis added)). Though the inclusion of such a standard might be revolutionary, it is well recognized as a rule of limited effectiveness. It depended on infra-constitutional laws to take effect, and while such legislation was absent, the absence of divorce would be perpetuated.

Few months after Constitutional Amendment n. 9 was issued, Act 6.515 (the Divorce Act) emerged, which established separation and indirect divorce⁸. Indeed, the Divorce Act provided for the termination of the marital bond by divorce, which was previously non-existent, and established prior legal separation of at least three years as a necessary condition for it. The dissolution of marriage was characterized as indirect, because it depended on complying with the requirements of legal separation - the disruption of conjugal society. Moreover, the Divorce Act allowed each spouse to divorce only once.

Act 6.515 is also important for having solved some succession with respect to the rights of the natural son and the “illegitimate” one. Although the case law had already consolidated the full assimilation of both, the doctrine still debated whether the paragraph 1 of article 1605 of the Civil Code was in force. The Divorce Act had put an end to this discussion because it expressly repealed the paragraph, defining once and for all full equivalence between both children.

With the promulgation of the 1988 Constitution, new changes relative to divorce were promoted. The deadline for divorce by conversion, i.e. after the previous judicial separation, became one year. Addition-

⁸ Direct divorce equals to actual separation, while indirect divorce relates to legal separation.

ally, direct divorce was allowed, regardless of legal separation, as long as there was actual separation for at least two years.

Law 1.841 of 1989 increased the change that started in 1977 allowing new marital bonds for individuals who got divorced. Consequently, it opened the possibility of successive divorces⁹.

The Civil Code of 2002¹⁰ brought other new characteristics for the divorce institution in Brazil, creating a binary system of marriage dissolution through either judicial separation or divorce. The same types of divorce already treated in the Divorce Act were reproduced¹¹, and the definition of who was at fault was no longer needed. Judicial separation, in turn, was divided into consensual (result of the mutual consent of both spouses) or litigious, i.e. due to the fault of one spouse or other causes that did not rely on guilt: disruption of ordinary family life for more than a year or severe mental disorder for more than two years. The Civil Code of 2002 (CC/02) reduced the term of experience in the wedding from two years to one, allowing quicker consensual separation. As for legal separation without fault, the two causes that underlie it remain (i) the disruption of ordinary life for over a year, with the impossibility of its reconstitution and (ii) serious mental illness, manifested after marriage for a minimum duration of two years. Another very important change was introduced by CC/02 in its article 1.580, allowing the period of one year of legal separation to start at the day the judicial decision that granted separation was made. Thus, it became unnecessary to await the final decision in order to initiate the calculation of the term. As a consequence of that, the real deadline for divorce was drastically reduced, given that since the beginning of the separation process the judge could grant an injunction and, therefore, the parties would not have to wait until the final decision for the beginning of the legal separation’s year.

⁹ This is the first legal change that could be analyzed with our database, that starts in 1984.

¹⁰ The Civil Code of 2002 came into force one year after its publication, on January 10th 2003.

¹¹ Indirect and direct divorce are also in CC/02. Indirect divorce is given by the conversion of legal separation, after one year. In parallel, direct divorce becomes possible if the separation of spouses for more than two years is proven.

In 2007, Law 11.441 allowed both consensual divorce and consensual separation to be dealt with in the civil registry, so divorce, separation, inventory and division of assets would become extrajudicial affairs whenever the parties agreed on its terms. This meant that getting divorced became significantly faster and easier, both because of the lower financial costs and the decrease in the number of procedures involved. After this law, divorce could be resolved in 15 days depending on the number of assets involved. Before that, the average was 3 months. Processing costs were also reduced by 90%.

According to Pinto (2009), “Before Law 11.441 / 2007, separation and divorce could only be made by judges of the Family Court, and the process was slower. A divorce by consent took up to two months. Now, with the new law, it can be made on the same day. If inventory has no property involved, the procedure, which took months, now is done in five days. In all other cases, the procedure is performed within forty days”.

To Simão and Tartuce (2007), a positive aspect of the law was that it was no longer required for the couple to state the reasons for divorce if there was agreement between both parties.

One of the requirements for carrying out the extrajudicial procedure is the payment of the relevant registry office costs. The novelty introduced by Law 11,441 was reducing these costs once there is no incidence of procedural costs. Fully gratuitous fees were still expected for those considered “poor”.

The Constitutional Amendment n.66 (CA66) of 2010 changes the Article 226, §6º of the Brazilian Constitution and allows immediate divorce reinforcing individuals’ autonomies, suppressing the requisite of previous legal separation for more than 1 year or the proven factual separation for more than 2 years¹²,

12 A possible conclusion that legal separation was extinct was not a consensus. In fact, some argue that “the amendment of the Constitution, with the suppression of the requirements for divorce, did not revoke the institute of separation; on the contrary, both co-exist in the legal system.” Indeed, “it may be of the interest of the couple, before ending the marriage, to separate, albeit provisionally, until you decide on the advisability of divorce. The measure is salutary, because it preserves the institution of marriage and

making the dissolution of marriage even easier. For those who believe that legal separation was extinct, the only requirement to file for divorce became marriage itself. Being separated for a specific amount of time was no longer a requirement.

To Dias (2010), the requirements that existed before the CA66 made no sense. “Mandatory identification of a culprit in the separation act for its later transformation into divorce became an ordeal imposed on those who only wanted to be assured the right to leave a relationship. In fact there is only one reason for the separation: the end of love”.

This is the legal change that our work focuses on, mainly because of its direct change both on the cost of the divorce and on the necessity of separation. The impact of this law change on marriage rates is ambiguous, since it depends on possibly conflicting forces and it is notably hard to measure how these forces change with new regulation¹³.

In legal separation (now extinct), the existence of guilt impacted the custody of children. According to Lôbo (2010), today, the existence of guilt in divorce no longer has the same consequences. For example, child custody is not decided on this basis anymore, but in the best interest of the child.

2 Data

Our data is restricted by the availability of information on divorce provided by the Civil Registry Statistics (*Estatísticas de Registro Civil*), from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*, IBGE), which is presented in yearly observations for each Brazilian state, from 1984 to 2014. The remaining data refers to marriages and separations, socioeconomic char-

allows the couple, at any time, to restore the union without the need for remarriage”.

13 For example, Law 1.841 from 1989 cancels a cost that has significant weight in the decision to marry, allowing individuals to marry more than once. The end of this irreversibility acts in two opposite ways: it reduces the status of the wedding as a “commitment device”, making it less attractive, while eliminating the concern that the decision to marry should be the best possible given that most of its consequences are no longer irreversible, which encourages marriage.

acteristics, and dummies indicating legal change. We now describe each variable used in the econometric models below.

The socioeconomic characteristics are taken from the National Household Sample Survey (*Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*, PNAD), which are annual surveys conducted by IBGE on years that the Census is not applied. The information we use are GDP per capita, race, education, urbanization rates, income, and employment levels, from 1999 to 2014, using the Census for years that PNAD was not available.

The municipal GDP and all its related data (such as taxes paid by each city and the percentage of agricultural GDP, which is used as an indicator of the main economic activities in each city) was taken from IBGE's survey on municipal GDPs from 1999 to 2010, with an extrapolation to 2014 that uses the average rate of growth from 2006 to 2010. Information on religion was taken from the Census, gathering the proportion of individuals in each city who view themselves as Catholics¹⁴. We have chosen to use only information on Catholics since on average 70% of the population follows this religion and because of its close connection to marriage in Brazil, where religious (catholic) and civil marriages are often done concomitantly.

Data on schooling and women's employment is taken from the Census as municipal averages, interpolated between 2000 and 2010, and extrapolated to 2014. This is done since other sources of data such as PNAD wouldn't be enough to give us information on the municipal level. These variables are used to measure the average couple's educational attainment and women's participation in the labor force, both variables affecting women's financial independence among other factors that might influence marriage and divorce decisions.

Data on divorce, marriage and separation are provided by the Civil Registry Statistics from 1984 to 2014. We use the absolute number for divorces at the first

instance, marriages and separations. To build the rates of these variables per 1.000 people, we use the population of each state taken from PNAD. This data will be used mainly as dependent variables in our regressions, i.e, we are interested on the impact of legal change on these variables.

For the analysis on the correlation of divorce-related law change and divorce rates, we build dummy variables that indicate the years that each divorce-related law change came into force. For the 2010 change, for example, we will have a dummy that takes the value 0 for every year before (and including) 2009, and 1 for every year after 2009.

2.1 Data and Methodology

Observing the evolution of the rates of divorces, separations and marriages in Brazil, we can notice a coincidence of legal changes and sharp variations in some of those statistics that are consistent with our prediction of the law changes impacting individual decisions. First, we will analyze divorce statistics, followed by separation and marriages in Brazil, by state, from 1984 to 2014.

In 1989, the number of divorces by 1.000 inhabitants, what we call throughout this paper as the divorce rate, went from 0.25 to 0.48, an increase of 93%. This is the highest percentage increase throughout the time period of the *Estatísticas de Registro Civil* database, and it coincides with the permission of successive divorces created by Law 1.841 of 1989.

In 2011, we observed the second largest percentage increase in the divorce rate in Brazil, 51%. This increase coincides precisely with the year following the Constitutional Amendment No. 66 which came into force in July 2010. The third largest increase in the divorce rate in Brazil was 27% and occurred in 2010, the same year in which this amendment became effective from July 13th onwards. So, we consider this observed coincidence between the legislative changes relating to divorce and variations in divorce rates as a strong enough motivation for a more rigorous analysis of the legislative reforms and their causal impacts in the decision making of Brazilian couples. With respect to separation rates, it is expected that they decrease since divorce becomes less expensive, and

¹⁴ This includes the following categories on IBGE's Demographic Census: Roman Catholic Apostolic (Charismatic, Pentecostal, Armenian and Ukrainian Catholics), Brazilian Catholic Apostolic, Orthodox Catholics, Orthodox Christians, and "Other Catholic Religions".

this is clearly observed in the years 2010 and 2011, representing the largest drops in the two series with 33 % and 88% decreases, respectively. The third biggest drop in the separation rate occurred in 1989 with a 15% decrease, again in a year that coincides with a legislative change that facilitated divorce. By analyzing the historical series of weddings and taking a closer look at its rate per 1,000 inhabitants at the end of the 1980s, especially in 1989, we notice a decrease in the rates of marriages that lasted until the 2000s. This is consistent with the idea that marriage serves as an instrument of commitment that loses some of its usefulness as its dissolution is made easier.

2.2 Empirical Strategy

The initial approach involves the evaluation of the correlation between the legal change on divorce law and the variation on divorce, marriage and separation rates. In this model, we will run a simple linear regression including fixed effects for each Brazilian state in order to get rid of any biases that might come from the existence of non-observable characteristics that are constant in time that might affect individual decision-making. In technical terms, we will use fixed effects to get rid of any influence that might come from time-fixed state heterogeneity, such as any state-specific cultural or social characteristics that don't change in the time frame studied in this period but might affect decisions across states.

After evaluating this correlation, we make an analysis of the impact of each divorce-related law change around the year that came into force, hoping to find no impact before and a positive (in module, depending on the which dependent variable we are looking at) impact after it. By doing this, we strengthen the argument that it was in fact the law change that caused the variation on the dependent variable being analyzed. We want to show in detail how each divorce-related law might have changed individual behavior that resulted in the change we observe on the aggregate variables.

We calculate a regression that will show the possible impact of divorce-related legal change on the rates of divorce, marriages and separation. The equation we will estimate is the following:

$$Y_{it} = \alpha_j + \theta_t + \beta_1 D_{it} + \beta_2 X_{it} + u_{it}$$

where i represents each municipality, t represents time and j represents each state, so α_j represents state fixed effects, and θ_t represents year fixed effects. The dependent variable Y_{it} indicates the divorce, separation or marriage rate in year t , state i ; D_{it} is a dummy variable that equals to 1 in case there was a divorce-related law change before t in state i , and 0 otherwise. The n -dimensional vector X_{it} gives us the average of the control variables in each state regarding religious practices, income, unemployment rates, and women's participation in the labor market, variables that will ensure we are considering changes in the dependent variables that might have come from variation on these control variables. This will help us interpret as the effect associated only with the legal change, and not with a sudden increase in income or women's participation on the labor market, for example. Finally, u_{it} is the random error term that is necessary in this kind of econometric exercise.

3 Results

The estimates for the impacts of the 2010 Law Change are statistically significant and relatively large for almost all models, with the exception of the impact estimated by the two-way effects model for marriages (on the 6th column of Table 1). The coefficient for divorce and separations have the expected signs: the increase in divorces is explained by the lower cost of marriage dissolution, and the fall in separation rates is due to the exclusion of it as a prerequisite for future divorce, making most couples understand judicial separation as a redundant step towards the complete termination of the marriage contract. This result is particularly important because it adds to the discussion of the desirability of separation as an option for couples who might not want to divorce straight away, showing that, in fact, people don't tend to choose separation as much as when there was a legal obligation to do so in order to file for divorce.

Divorces show a high positive and statistically significant impact regardless of the inclusion of fixed effects or not. In the full two-way fixed effects model, this impact amounts to a 62% increase over the 2009

divorce rate average. This is strong evidence that the law had significant impact on couples' behaviors who noticed that divorce procedures were now less costly and decided to act on it.

Separations suffered negative impacts ranging from 17% to 35% in the models that were analyzed, reinforcing what was intuitively expected. Since the requirement for temporary separation before filing for divorce was lifted, the only reason for couples to get legally separated (and not divorced) was (i) if they didn't know about the law change and expected the divorce costs to remain unchanged, which is only likely if the information on the law change wasn't efficiently transmitted to couples and/or the lawyers involved in these issues, or (ii) if they have cautiously opted for judicial separation before taking the final decision to get divorced, since the couple that regretted a decision to do the former wouldn't need to get remarried as if they would need to if they had chosen the latter. Our results show that these reasons to opt for separation weren't strong enough and the average couple decided to get divorced, showing that either separation isn't an attractive enough alternative to divorce, and/or information on the law change was successfully transmitted to them.

The estimated impact on marriage rates is positive for the models without any fixed effects meaning that, for those cases, the decreased cost of dissolving the marriage contract influenced the decision to marry more heavily than its weakening as signaling and commitment devices, even though the impact was relatively small at around 4.7% of the 2009 marriage rate average.

For both divorce and separation rates, almost all of the independent variables are statistically significant with religiosity being the exception for the two-way models. We have found a strong negative impact for Agricultural GDP, which means that municipalities in which agriculture represents a higher proportion of municipal GDP have significantly lower divorce, marriage and separation rates. This could be because those municipalities are more predominantly in rural rather than urban areas, so formal legal procedures aren't followed as strictly by couples in comparison to more developed municipalities, thus decreasing

the actual proportion of individuals who are legally married and thereby decreasing the divorce and separation rates that depend on the actual proportion of married individuals in a given populace. The municipal GDP per capita is positively related to the divorce rates, which means that, in general, richer, more productive municipalities tend to have more divorces per 1.000 inhabitants. This can be in part explained by the fact that part of the motivation to get (and stay) married comes from the fact that marriage can be seen as insurance against negative economic shocks, with one individual from the couple helping the other by smoothing these negative shocks in their incomes. With higher incomes, these individuals are, everything else constant, more financially independent and don't need someone else to maintain their basic financial stabilities.

4 Conclusion

In this work, we analyzed a panel dataset to evaluate the impacts on divorce, separation and marriage rates of a divorce-related law change that, in 2010, reduced the cost of divorce in Brazil. The effects of this new law were estimated controlling for the effects of income, religion, women's participation on the labor market, municipal GDP per capita, education, and proportion of GDP that comes from agricultural activities, as well as state and time fixed effects, which protects our estimates from any unobserved variables that are fixed throughout time or space.

We came to the conclusion that, as expected, the law change positively affected divorce rates. Part of the impact was already felt in 2010, less than 6 months after the law came into force, and most of it was realized by 2011. Separation rates were negatively affected, which shows that couples, on average, do not take separation as a step towards divorce, reducing its status as a useful resource for couples who are not satisfied with their marriages. This means that separation was mostly sought after by divorcing couples who were legally obligated to do so, which imposed a cost on people's freedoms to dissolve an unhappy marriage, thus implying that the new law might indeed have represented a welfare improvement. Notice that part of the impact that was observed in 2010 is expected to be higher than the new long-term equi-

librium in new divorce filings because of the accumulated number of couples who had the intention to divorce but did not do so because of the requirements that were lifted by the law. Marriages increased only on the simplest models, with no state or time fixed effects. This doesn't allow us to determine with enough certainty the direction of the impact on this variable, but our analysis shows that there's possibility that the impact was positive, in the sense that couples are more willing to getting married now that it's easier to get divorced. Even with the weakening of the marriage institution as commitment and signaling devices, it seems that the decreasing cost of divorce made all other beneficial characteristics of marriage, such as its use as financial insurance, influence the decision of the average individual in Brazil.

As previously stated, this paper is an assessment of the short-term impacts of a law change that happened recently enough so that the supply of data on the issue is still relatively scarce. It will be necessary that this work be extended as soon as new civil registry data becomes available so as to assess the long term impact of this same law, which is expected to make absolute levels of divorce decrease in time relative to the values observed up to 2014, and stabilize on a level that is higher than the one seen before 2010. Another important extension to this paper might be a more detailed analysis of which variables made certain states or regions more or less sensitive to this law change. Characteristics such as income, employment status and educational level might influence the decision to divorce or marry someone. Other than those, it will be interesting to notice if couples with younger children (less than 2 years old, for example), tend to divorce less often than others, or if couples who are together for a longer time period also are less willing to divorce or separate. The data for this kind of information is available only on the municipality level, which might introduce significant problems to the precise estimation of our coefficients, but there might be part of these results that show statistical significance even with this level of data aggregation.

////////////////////////////////////

5 References

- Blundell, R. & Costa, D. M. (2002). Alternative approaches to evaluation in empirical microeconomics. *Portuguese Economic Journal*, (1), 91-115.
- Dias, M. B. (2010). *A PEC do casamento!*. Retrieved February 6, 2016, from http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_pec_do_casamento.pdf.
- Garoupa, N. & Coelho, C. (2006). Do divorce law reforms matter for divorce rates? Evidence from Portugal. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3(3), 525-542.
- Kato, N. Y. Mello, I. A (2013). Da indissolubilidade à possibilidade da dissolução imediata do casamento. *Revista Científica Semana Acadêmica*, 44. Retrieved February 4, 2016, from <http://semana-academica.org.br/artigo/da-indissolubilidade-possibilidade-da-dissolucao-imediata-do-casamento>.
- Lôbo, P. L. N. (2010). Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. In: Teixeira, A. C. B. Ribeiro, G. P. L. (Org.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Mankiw, N. G. (2001). *Introdução à Economia – Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Monte, J. C. & Madalozzo, R. *Escolhas Econômicas e o Divórcio no Brasil*. Retrieved July 12, 2016, from <http://www.insper.edu.br/conhecimento/politicas-publicas/divorcio-no-brasil/>.
- Oliveira, E. B. (2002). *Casamento, separação e divórcio no novo Código Civil*. Retrieved July 17, 2014, from <http://www.familiaesucessoes.com.br/?p=888>.
- Pinto, J. A. A. (2009). Paraná quer aumentar número de divórcio em cartório do interior. *Consultor Jurídico*. Retrieved in February 8, 2016, from www.conjur.com.br/2008-jun-24/cartorios_pr_buscam_ampliacao_lei_11441?imprimir=1.
- Rasul, I. & Matouschek, N. (2008). The Economics of the Marriage Contract: Theories and Evidence. *Journal of Law and Economics*, 51(1), 60.
- Rowthorn, R. (2002). Marriage as a signal. In: Dnes, A. W.; Wowthorn, R. (edit.). *The law and economics of marriage and divorce*. Cambridge: Cambridge Press, p. 144.
- Stevenson, B. & Wolfers, J. (2007). Marriage and divorce: Changes and their driving forces. *National Bureau of Economic Research Working Papers*, n.112944. Retrieved July 4, 2015, from www.nber.org/papers/w12944.
- Tartuce, F. Simão, J. F (2007). *Direito Civil - Direito das Sucessões*. São Paulo: Método.
- Wald, A (1978). Consequências da Lei n. 6.515/77 no Direito Sucessório. *Revista de informação legislativa*, 15(60). Retrieved February 6, 2016, from <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181084>.

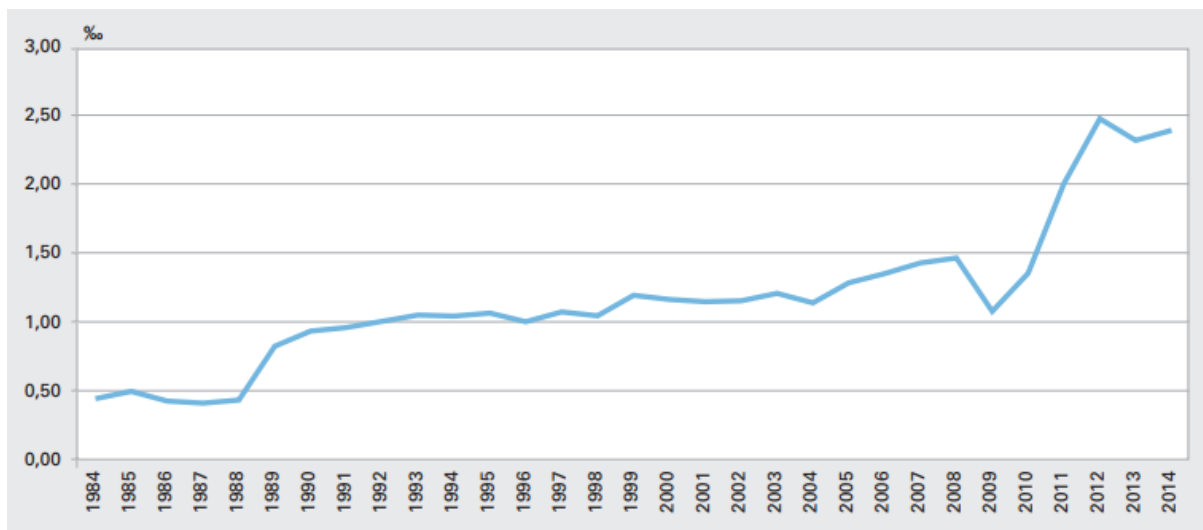
6 Appendix – Tables And Figures

Table 1. shows the results from our regressions on divorce, marriage and separation rates.

Control Variables	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)
	Divorces	Divorces	Divorces	Marriages	Marriages	Marriages	Separations	Separations	Separations
2010 Law Change	0.281*** (0.0175)	0.271*** (0.0175)	0.330*** (0.0290)	0.409*** (0.0467)	0.098 (0.0463)	0.108 (0.0897)	-0.410*** (0.040)	-0.229*** (0.031)	-0.237*** (0.0098)
Constant	0.541*** (0.0201)	1.401*** (0.141)	1.002*** (0.209)	3.990*** (0.280)	7.019*** (0.149)	7.141*** (0.219)	0.890*** (0.0345)	0.781*** (0.1009)	0.879*** (0.08)
Year Fixed Effects	No	No	Yes	No	No	Yes	No	No	Yes
State Fixed Effects	No	Yes	Yes	No	Yes	Yes	No	Yes	Yes
Observations	23,712	23,712	23,712	28,441	28,441	28,441	21,316	21,316	21,316
Number of Municipalities	4,312	4,312	4,312	4,888	4,888	4,888	4,503	4,503	4,503

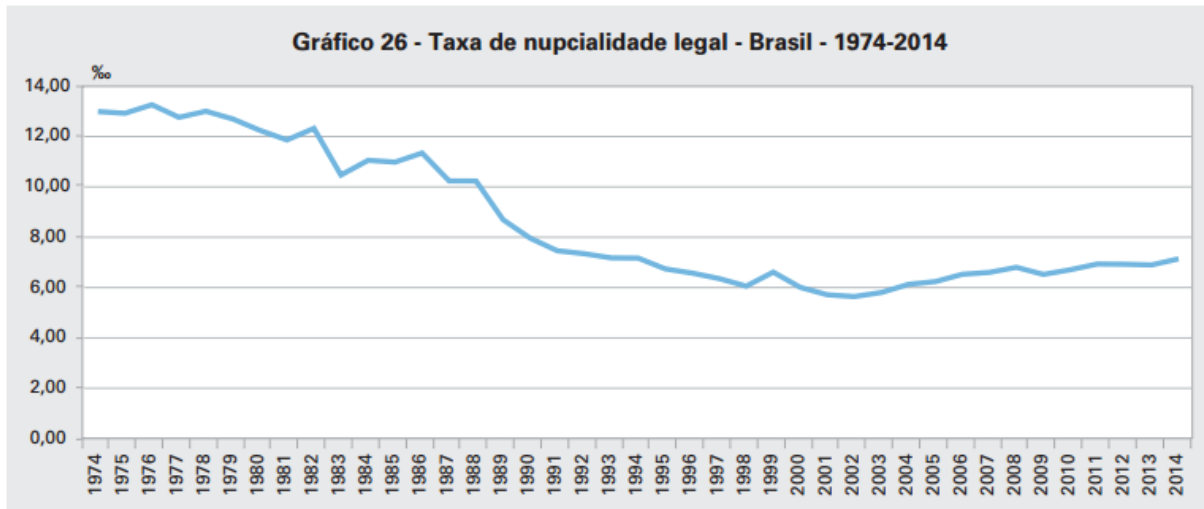
Table 1: Main results from the 2010 Law Change impact on Divorce, Marriage and Separation Rates.
Standard errors in parentheses. *** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Notice that the precision of our estimates decreases as we include year and state-fixed effects. This does not change our results for divorce or separation rates, as we can see on columns 3 and 9, that our p-values are less than 3%. Marriage rates show an increase with the law change when no fixed effects are included, but when state or year fixed effects are taken into account, our estimates become statistically insignificant, which weakens our results for marriage rates.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 1984-2014 e Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica.

Nota: Exclusiva a população de menos de 20 anos de idade e sem declaração de idade.



Fontes: 1. IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 1974-2014 e Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. 2. United Nations, Department of Economic and Social Affairs.

Notas: 1. Os dados retrospectivos de população utilizados no cálculo da taxa de nupcialidade legal, no período de 1974 a 1979, foram obtidos do banco World Population Prospects, the 2015 Revision, das Nações Unidas. A partir de 1980, foram utilizados os dados da Projeção da População por Sexo e Idade, do IBGE.

2. Exclui-se a população de menos de 15 anos de idade e sem declaração de idade.

ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO PARA AS REFORMAS

PROCESSUAIS: uma análise semiolinguística das exposições de motivos do Código de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto de Reforma de 2010 // *Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida*¹, *Gabriel Guarino Sant'Anna Lima de Almeida*², *Fernanda Duarte*³ e *Rafael Mario Iorio Filho*⁴

Palavras-chave

reformas processuais / análise do discurso jurídico / código de processo civil / elementos de justificação / análise semiolinguística

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Metodologia**
- 3 A identificação do corpus: As Exposições de Motivos e seus contextos**
 - 3.1 A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939
 - 3.2 A Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, de 2010
- 4 Enunciadores e justificadores:**
 - 4.1 Francisco Campos
 - 4.2 Luiz Fux
- 5 Procedimentos Retóricos e elementos de justificação nos textos**
 - 5.1 Campos, o processo popular e o Estado administrador da justiça.
 - 5.2 Fux, o processo democrático, e o acesso à Justiça
- 6 Conclusões**
- 7 Referência**

Resumo

A pesquisa tem como objeto a análise dos argumentos de legitimação das reformas processuais brasileiras, através da comparação dos textos das exposições de motivos dos Códigos de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Estes dois Códigos se apresentam como marcos: o Código de Processo Civil de 1939, elaborado durante o Estado Novo, é o primeiro Código unificado de abrangência nacional; e Novo CPC, cuja origem se encontra no Anteprojeto de Reforma de 2010 é o primeiro em período democrático. Temos como objetivo investigar as semelhanças e diferenças entre os argumentos de legitimação utilizados e a adequação deles aos contextos políticos da cada época.

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, aluno integrante do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/FD-UFF). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal Fluminense. Pesquisador em formação (graduando) do INCT-InEAC/NUPEAC – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos.

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento do Ensino Superior (CAPES-Brasil). Pesquisador em formação (Mestrando) do INCT-InEAC/NUPEAC – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos. Pesquisador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/FD-UFF) e do grupo Sexualidade, Direito e Democracia (SDD/FD-UFF)

3 Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense/Faculdade de Direito. Coordenadora Científica do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/FD-UFF). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA). Pesquisadora (Doutora Sênior) do INCT-InEAC/NUPEAC – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos e do Núcleo de Estudos em Direito, Cidadania, Processo e Discurso (NEDCPD/UNESA).

4 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA). Pesquisador do INCT-InEAC/NUPEAC – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito, Cidadania, Processo e Discurso (NEDCPD/UNESA).

ca, indagando se estes são apenas recursos discursivos de mera legitimação das reformas processuais ou de fato explicações que demonstram as questões práticas que a nova legislação visa solver. Quanto à metodologia, nos apropriamos de ferramentas metodológicas da Análise Semiociológica do Discurso, feita por Patrick Charaudeau em sua análise do discurso político, para podermos explicitar como que o uso da linguagem e de elementos de construção de sentido que se mostram presentes no plano do discurso são utilizadas de modo a construir justificativas para as concepções de processo, em 1939 e em 2010. Como resultados, temos que, embora situadas em contextos históricos e políticos muito distintos, a elaboração do CPC de 1939 e do novo CPC se aproximam nos procedimentos retóricos e busca de adesão e justificativa, variando conforme o vocabulário da época, quanto à justificativa e à necessidade de mudança.

LEGITIMIZATION ARGUMENTS FOR PROCEDURAL REFORMS:

a semio-linguistic analysis of statement of reasons from the Civil Procedure Code of 1939 and of the draft bill of the New Civil Procedure Code of 2010 // *Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Gabriel Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, Fernanda Duarte and Rafael Mario Iorio Filho*

Keywords

procedural law reforms / analyses of legal speech / civil procedure code / elements of justification / semiolinguistic analyses

////////////////////////////////////

Abstract

This research aims to analyze the arguments of legitimization that were used in the reform of Brazilian procedural legal codes, by comparing the texts of the statement of reasons of the Civil Procedure Code of 1939 and the draft bill of the New Civil Procedure Code. We consider these codes as milestones: the Civil Procedure Code of 1939 was the first one with a national scope; the draft bill of the New Civil Procedure Code was the first one produced during a democratic period. Our goal is to search for similarities and contrasts between the legitimization arguments used in each historical and political period, by asking if they were only arguments to bestow legitimacy to such reforms. We decided to use the methodological tools of sociolinguistic analysis of speech developed by Patrick Charaudeau in his analyses of political speech in order to elucidate how the uses of language and elements of meaning in the speech construction provide justification for the concept of procedure, in both 1939 and 2010. As a result, we conclude that the process of drafting the CPC of 1939 and the New CPC, even if they are very distant in terms of political and historical contexts, they are also very close in their rhetorical construction and their attempt to find justification and adherence. On balance, some of the differences depend on the vocabulary used when the codes were developed, their justification and the need for change.

1 Introdução

Não é de hoje que críticas ao Judiciário são recorrentes. Desde que o entendemos como local de busca e garantia do exercício de nossos direitos quando violados ou ameaçados, temos a ideia de que demandar o Judiciário é um caminho caro, desgastante e moroso. Tais críticas quanto ao exercício da jurisdição e ao processo nos tribunais serviram de mote para que, ao longo do Século XX, e já também no Século XXI, o Brasil passasse por grandes reformas em seus códigos processuais civis: primeiramente em 1939; depois em 1973; e agora em 2015, com o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015). Dois momentos de reforma serão analisados nesta investigação: o Código de Processo Civil de 1939, e o Anteprojeto de Reforma de 2010 que resultou no Código de Processo Civil sancionado em 2015. Assim, o presente trabalho tem como objeto a análise dos argumentos de legitimação das reformas processuais brasileiras, através da comparação dos textos das exposições de motivos em 1939 e em 2010. Importante notar, aqui, que nos referimos ao Anteprojeto ao longo do texto, pois é nele que se encontra a exposição de motivos do código de processo que, quando de sua aprovação final, não obteve nova exposição.

O Novo Código de Processo Civil (Novo CPC) tem sido, desde a apresentação do Anteprojeto em 2010, foco de atenções e debates. Em 2010, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, relator da exposição de motivos e membro da Comissão de Juristas instituída para sua elaboração, inicia sua fala explicando de que forma o sistema processual se relaciona o Estado Democrático:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (Brasil, 2010a, p.11)

No momento seguinte, explica ele os motivos que nos levam à necessidade de uma reforma do sistema de justiça:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma conseqüência natural do método

consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. (Brasil, 2010a, p. 12)

Em 1939, por óbvio, o contexto político era outro. O então Ministro da Justiça, Francisco Campos, apresenta a exposição de motivos do CPC 1939 em plena ditadura do Estado Novo, instaurada dois anos antes. O marco legal é a Constituição de 1937 (também escrita por Francisco Campos) que possuía fortes traços autoritários e antiliberais, ao concentrar no executivo as atribuições do poder legislativo, através da chamada delegação de poderes. Neste contexto, o mote era que se tratava, pois, da primeira legislação processual unificada, de abrangência nacional. Diz o então Ministro, falando da função do Estado, que:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, teve que reforçar a sua autoridade, a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. (Campos, 2001, p. 166)

Em seguida, explica ele o sistema adotado na reforma processual, em vista o papel do Estado:

Do que fica dito resulta, necessariamente, o sistema que foi adotado no projeto. A questão de sistema não é uma questão a ser resolvida pelos técnicos; é uma questão de política legislativa, dependendo, antes de tudo, do lugar que o Estado, na ordem dos valores, destina à Justiça, e do interes-

se maior ou menor que o Estado tenha em que ela seja administrada como o devem ser os bens públicos de grau superior. Ora, ninguém poderá contestar que no mundo de hoje o interesse do Estado pela justiça não pode ser um interesse de caráter puramente formal: a justiça é o Estado, o Estado é a Justiça. À medida que crescem o âmbito e a densidade da justiça, a sua administração há de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais eficaz, mais pronta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da autoridade pública. (Campos, 2001, p. 166)

Temos como objeto específico a análise dos argumentos de legitimação das reformas processuais brasileiras, através da comparação dos textos das exposições de motivos dos Códigos de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Embora situadas em contextos históricos e políticos muito distintos, nossa hipótese é que a elaboração do Código de Processo Civil de 1939 e do Novo CPC se aproximam quando analisamos os discursos quanto à justificativa e à necessidade de mudança. As fórmulas utilizadas, assim, variam conforme o vocabulário da época, mas se aproximariam nos procedimentos retóricos e busca de adesão e justificação.

Deste modo, a pesquisa tem como objetivos específicos a) investigar os argumentos de legitimação presentes nestas duas reformas processuais; b) explicitar as diferenças e semelhanças entre estes argumentos; c) investigar se estes argumentos são discursos de mera justificação; d) entender como eles se inserem e se relacionam com as realidades políticas dos dois momentos históricos distintos.

Partimos do entendimento de que as exposições de motivos, apesar de tratarem de algo que, num primeiro momento, parece apenas jurídico, se inserem como um discurso de natureza política, por buscarem a legitimação de uma atividade legislativa, sendo esta, em si, uma atividade política. “Não é, portanto, o discurso que é político, mas a situação de comunicação que assim o torna. Não é o conteúdo do discurso que assim o faz, mas é a situação que o politiza.” (Charaudeau, 2011, p. 40)

Especialmente nos caso de reformas de leis proces-

suais em que, como em 1939, 1973 e 2010, temos um movimento de acadêmicos e figuras do campo jurídico atuando de maneira relevante na redação e elaboração das normas, exercendo, ainda que de maneira muito própria, a atividade que em outras legislações caberia a parlamentares.

Uma exposição de motivos serve tanto para explicitar as mudanças trazidas pela nova lei, como também para justificá-las. Desta maneira, ela costuma trazer uma lista de novos institutos jurídicos, assim como uma lista dos institutos que foram alterados ou suprimidos, tentando sempre analisar a importância da mudança feita, justificando através desse processo retórico uma reforma jurídica através de uma argumentação que a insere em uma ideologia jurídica e política.

Por isso, a exposição de motivos tem tanto natureza jurídica, por explicitar e explicar as inovações que o código traz para o âmbito do Direito, como também está inserido em um campo político, por legitimar as reformas trazidas por ele e tentar defendê-las ideologicamente, ajustando as decisões tomadas aos valores e princípios ao qual o legislador procura se alinhar.

O discurso político pode ser entendido como “o resultado de uma atividade discursiva que procura fundar um ideal político em função de certos princípios que devem servir de referência para a construção das opiniões e dos posicionamentos.” (Charaudeau, 2011, p. 40). Desta maneira, a exposição de motivos, como discurso político, procura um ideal, defendendo princípios e valores que sejam compartilhados com seu auditório, seja este auditório uma sociedade democrática, como em 2010, ou o povo, como em 1939.

2 Metodologia

Quanto à metodologia, nos apropriamos de ferramentas metodológicas da Análise Semiolinguística do Discurso, mais precisamente aquelas utilizadas por Patrick Charaudeau em sua análise do discurso político (2011), para podermos explicitar como que o uso da linguagem e de elementos de construção de sentido que se mostram presentes no plano do discurso são utilizadas de modo a construir justificativas para as concepções de processo, em 1939 e em 2010.

Nos aproximamos, assim, dos mesmos pressupostos que Rafael Mario Iorio Filho explica, quando em pesquisa sobre os discursos de Benito Mussolini e a construção de identidade nacional italiana:

O nosso texto adota como pressupostos teóricos aqueles da Escola Francesa da Análise do Discurso, que permite designar a corrente de análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70, fruto das pesquisas do discurso político conduzido por linguistas e historiadores com uma metodologia que associava a linguística estrutural a uma ‘teoria da ideologia’, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Althusser e na psicanálise de Lacan. E se propõe a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso político.” (Iorio Filho, 2013, p. 54)

Por discurso, queremos explicitar uma categoria específica de análise, que pode ser assim conceituada:

O discurso é um ato/fato de palavra e o termo discursivo contém em si a ideia de movimento que pressupõe a mediação entre linguagem, o homem e as práticas naturais e culturais que fazem parte de uma determinada sociedade. Ou seja, todo discurso significa uma ação. (Iorio Filho, 2013, p. 53)

Esta ação, como veremos adiante, procura estabelecer, de maneira consciente ou inconsciente, uma relação entre linguagem, práticas naturais/culturais e política. “A análise do discurso consiste no fato de que os discursos tornam-se possíveis tanto na emergência de uma racionalidade política quanto na regulação dos fatos políticos” (Iorio Filho, 2013, p. 54). Ao falar, o enunciador se utiliza de memórias, categorias, ideias e representações partilhadas por ele e por seu público/interlocutor, de modo que, por meio da análise dessas referências que se apresentam nas falas (aqui, os textos das exposições de motivos), podemos explicitar características desta ação política e dessa cultura jurídica.

Além destes referenciais vindos da semiolinguística, são pressupostos também os conceitos de *habitus*, campo de poder, estratégia de poder e violência simbólica, trabalhados por Pierre Bourdieu (2012).

Deste modo, partimos da hipótese de que os discursos dos corpora analisado se apresentam e explicitam o *habitus* presente, isto é, através da linguagem trazem uma estrutura de pensamento específico, naturalizado e reproduzido num campo de poder. Esta noção, ao lado da ideia de que os discursos atuam tanto na emergência quanto na regulação dos fatos políticos, dada a característica de mediação que a linguagem exerce entre práticas culturais, homem e poder, forma assim os pressupostos teóricos desta pesquisa.

Assim, a análise se dá em três lugares de representação: primeiramente através da identificação do enunciador e a quem ele se dirige, isto é, de onde o enunciador fala, no plano político e institucional, e a quem se destina o discurso, ou seja, quem é seu auditório; em segundo lugar, através dos procedimentos retóricos, através de como a construção das exposições de motivos se encaminham para busca de adesão, rejeição ou consenso; E por fim, como este discurso se relaciona com o período e cultura em que se insere e como pretende produzir sentido a partir de elementos de justificação e utilização de categorias específicas.

De um lado, é possível identificar uma *instância política*, onde os atores possuem de fato o poder de decisão, o poder de fazer, onde é exercida a governança. É nesta instância em que estão os presidentes, chefes de governo, deputados e ministros; e onde estão situados os enunciadores dos discursos aqui analisados. Estes enunciadores estão sempre a dialogar com a *instância cidadã*, que engloba aqueles que estão em um lugar fora do governo, fora do poder de decisão. Seu poder é exercido apenas por “via indireta”, através de “um questionamento da legitimidade e da credibilidade da instância política” (Charaudeau, 2011. P. 58). A instância política constrói seu discurso utilizando como antagonista à *instância adversária*, que são aqueles que apresentam ideologias e propostas contrárias, diferenciando-se da instância política por não terem o poder de decisão, sendo por tanto a instância da oposição.

A instância política se relaciona com a instância cidadã através de uma busca por legitimidade, que pode ser entendida como um reconhecimento pelos outros (aqui, pela instância cidadã) de poder fazer ou dizer algo.

Charaudeau assim explica o mecanismo da legitimidade:

O Mecanismo pelo qual se é legitimado é o reconhecimento de um sujeito por outros sujeitos, realizado em nome de um valor que é aceito por todos. Ela é o que dá direito a exercer um poder específico com a sanção ou a gratificação que o acompanha.

A legitimidade é instituída em sua origem para justificar os feitos e os gestos daquele que age em nome de um valor que deve ser reconhecido por todos os membros de um grupo. Ela depende, portanto, das normas institucionais que regem cada domínio de prática social, atribuindo status e poderes a seus atores. (Charaudeau, 2011, p. 65)

Ela difere da autoridade. Enquanto a legitimidade é um direito adquirido pelo reconhecimento dos outros, a autoridade está ligada a um processo de submissão, podendo haver autoridade sem legitimidade. Nestes casos, pode existir também uma busca, por parte do político, por uma legitimidade, fundada em sua figura ou em seus atos.

Na construção do discurso político, a instância política constrói tradicionalmente uma narrativa simples: primeiramente, cria uma situação inicial onde é apresentada um problema, um mal, uma desordem social que atinge a sociedade. Depois disso, aponta as causas deste problema, a origem do mal, geralmente apontando a instância adversária como fonte ou colaboradora deste mal. Por fim, propõe uma solução salvadora, associada ao enunciador do discurso ou ao seu projeto político.

O discurso é então construído por elementos gramaticais, semânticos e retóricos que tentam trazer uma identificação com os valores e ideias defendidos, ou com a própria figura do político. Estes elementos serão identificados na análise discursiva que será feita das exposições de motivos.

Desta maneira, o político em seu discurso tenta buscar a adesão de seu auditório, através da construção de um *imaginário sociodiscursivo*, isto é, uma imagem ao qual o auditório se identifique. Para tanto, articula em sua argumentação *teorias, ideologias e*

doutrinas,⁵ de modo a buscar a *convicção* e a *persuasão*⁶ de seu auditório, dialogando tanto com a razão quanto com os sentimentos do público.

É importante ressaltar que quando identificamos o *enunciador* do discurso, identificamos aquele que formalmente emite a mensagem e assume a autoria do texto. No caso do *discurso político*, apesar de muitas vezes uma pessoa específica assumir o papel de *enunciador*, assumindo a autoria do texto (e nos textos aqui trabalhados, é este *enunciador* que assina as exposições de motivo), devemos entender que por trás deste enunciador existe todo um corpo político que sustenta aquele discurso, sendo difícil muitas vezes identificar até o discurso é elaborado pelo autor ou pelo corpo político que ele representa. O discurso político é, desta maneira, polifônico, uma vez que seu *enunciador* se coloca como representante de um corpo político que o sustenta. Neste sentido:

Todo discurso político pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso político é polifônico (pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores), sendo possível dele se extrair diversas cadeias de discursos, e, contemporaneamente, faz surgir um novo discurso, pelo que também se apreende a faticidade dos conflitos sociais. Nesse sentido, nos chama a atenção a ideologia que permeia esse discurso, revelando-se na representação social que o ator político faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido” (Iorio Filho, 2013, p. 56)

5 Em seu “Discurso Político”, Charaudeau (2011, p. 199 a 202) distingue estes três tipos de *sistema de pensamento*. A teoria é constituída pelos ditos “saberes científicos”, baseados em um método científico e passíveis de contestação; A doutrina trata-se de um “saber de opinião que é maquiado como saber de conhecimento”, sendo um discurso fechado ao qual se deve “aderir ou rejeitar em bloco”; Já a ideologia é um tipo de saber que se funda em um sistema de valores irredutíveis de natureza afetiva e normativa, em ideias genéricas que são utilizados como base para uma tomada de decisão.

6 Por *convicção*, entende-se aqui o convencimento através de argumentos que atinjam a razão, a fim de estabelecer uma verdade. Já a *persuasão* lida com os sentimentos, com o afeto. A *convicção* está, portanto, no plano do *logos*, enquanto a *persuasão* está no plano do *pathos*. Soma-se a isto a construção de um *ethos*, que é a imagem que o enunciador do discurso cria para si, e que é compartilhada com o auditório, de modo a criar ou não uma identificação deste com aquele, no âmbito pessoal. (Charaudeau, 2011, p. 202 a 208)

Desta maneira, nas exposições de motivos analisadas, entendemos que os dois enunciadores identificados, Francisco Campos, em 1939, e Luiz Fux, em 2010, assumem um *papel na encenação discursiva* que se colocam, sendo seu discurso resultado de uma polifonia do contexto político em que se inserem, mesmo que não seja possível na análise textual identificar os diferentes agentes que participam desta polifonia. Assim, o *enunciador* se coloca como aquele que enuncia o discurso, mesmo que existam diferentes agentes envolvidos no processo de produção do discurso, tendo eles participado da elaboração do texto em si, ou apenas tendo sido relevantes para sua elaboração.

3 A identificação dos corpora: As Exposições de Motivos e seus contextos

3.1 A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939.

Desde o Império, com o Regulamento n. 737 de 1850 (que disciplinava o processo das causas comerciais), o Brasil não tivera uma legislação processual unificada a nível nacional. Com o advento da república e da Constituição Republicana de 1891, que instaurou no Brasil um regime federativo, a legislação processual civil passou a ser competência dos estados federados.⁷

Apesar de a Constituição Republicana determinar a divisão do poder de legislar sobre o processo civil entre os estados, a maior parte deles continuou a utilizar durante muito tempo o Regulamento n. 737, e muitos dos Códigos estaduais se limitaram a reproduzir os dispositivos do Regulamento,⁸ mantendo

7 Houve contradições à época da constituinte sobre esta divisão de competências legislativas, como observam Duarte e Koerner (2014, p. 21): “Lideranças republicanas e liberais significativas, como Rui Barbosa e José Higino, defendiam a atribuição do Congresso para legislar sobre direito substantivo e processual, enquanto outros, liderados pelos paulistas e rio-grandenses, como Campos Salles e Júlio de Castilhos, defendiam a federação ampla, em que essas atribuições caberiam aos legislativos estaduais. Prevaleceu uma solução mista, em que a legislação processual ficou para os estados, com o que ficavam associadas às atribuições de organização do Poder Judiciário.”

8 Os Estados produziram seus Códigos de Processo Civil, ou legislações semelhantes, aos poucos, a partir da Constituição de 1891:

a influência desta legislação no cenário processual brasileiro até 1940 (Costa, 1970, p. 31-32). Muitas eram as críticas ao poder dos estados para legislar sobre processo civil, como observa Fernanda Duarte e Andrei Koerner:

As críticas à dualidade da legislação processual são tão antigas quanto à República. Elas fizeram parte de movimentos pela revisão da Constituição de 1891, nas quais o tema predominante era o das incongruências da organização constitucional do país, que tinha, por um lado, a legislação substantiva aprovada pelo Congresso e, por outro, a legislação processual e a organização judiciária, adotadas pelos estados. Essa combinação gerava problemas de unidade da legislação substantiva, realizada diferentemente pelos judiciários dos estados, e de organização, pois as formas processuais e judiciais apresentavam diferenças entre elas e era difícil estabelecer a linha divisória entre o que era concernente ao Judiciário federal ou ao dos estados. (Duarte e Koerner, 2014, p. 23)

Seguindo-se ao movimento de outubro de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder, a Constituição de 1934 foi bruscamente contra o caráter descentralizador e federalista da Constituição de 1891. Aliada ao plano de unificação nacional, a então nova Constituição, em seu art. 5, n. XIX, estabeleceu competência privativa da União para legislar sobre o Direito Processual Civil.

Em consonância com o art. 11 das Disposições Transitórias, que versava sobre a comissão de juristas que elaborariam o novo código, o governo nomeou o advogado Levy Carneiro e os Ministros Arthur Ribeiro Carvalho e Carvalho Mourão para sua elaboração. Com os trabalhos da comissão concluídos em 1935 e aprovados pelo então Ministro da Justiça Vicente Ráo, os projetos parciais do Código de Processo Civil foram publicados pela Imprensa Nacional em 1936 e encaminhados ao Congresso. Ficaram, porém,

Pará, Rio Grande do Sul, Maranhão e o Distrito Federal produziram ainda na primeira década de 1901; Espírito Santo, Bahia, Rio de Janeiro, Paraná, Piauí e Sergipe entre 1911 e 1920; e Ceará, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Santa Catarina, São Paulo e Paraíba entre 1921 e 1930. Goiás, Alagoas, Mato Grosso e Amazonas não produziram Códigos próprios (Duarte e Koerner, 2014, p. 22)

emperrado na Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados até 1937, quando houve o golpe que instaurou o Estado Novo, revogando a Constituição de 1934 e dissolvendo o Congresso Nacional, acabando de vez com os anteprojetos então existentes.

A Constituição outorgada em 1937 manteve, assim como a anterior, a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. A comissão de juristas que elaboraria o Código, convocada pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, foi formada pelos desembargadores Álvaro Berford, Goulart de Oliveira e Edgard Costa, e pelos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins.

Frente às discussões e divergências presentes na comissão, Pedro Batista Martins apresentou a Francisco Campos um projeto preliminar de sua exclusiva autoria, sendo este aceito pelo Ministro e publicado no Diário Oficial em fevereiro de 1939, para que sofresse críticas e sugestões.

O anteprojeto foi revisado pessoalmente por Francisco Campos, com a ajuda do magistrado Guilherme Estellita, e do professor Abgar Renault⁹ na sua redação final, sendo promulgado como Código de Processo Civil pelo decreto-lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939.

Este código entra em vigor em março de 1940, tendo vigência por quase 34 anos, até entrar em vigor o Código de Processo Civil de 1973.

Importante notar, então, que a exposição de motivos apresentada por Campos se situa num contexto em que o texto já seria aprovado, já se encontrava pronto e viria a ser decretado. Por isso, busca uma *legitimidade de fato*: na ausência de discussão ou procedimento que confira legitimidade por meio da participação daqueles a quem se dirige, seja pelo voto, ou participação direta, o enunciador aqui busca construir uma adesão popular ao discurso, sinteticamente construída.

⁹ Abgar Renault foi poeta, ensaísta, tradutor e membro da Academia Brasileira de Letras. À época, era Diretor do Departamento Nacional de Educação. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=166>>

3.2 A Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, de 2010.

Desde a Constituição de 1988, com a transição para um novo Estado Democrático de Direito, tivemos diversas reformas pontuais no Código de Processo Civil de 1973¹⁰ e no nosso sistema de justiça.

Em 30 de Setembro de 2009 o Senado Federal instituiu a comissão de juristas¹¹ (Brasil, 2009) responsável por elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. A comissão buscou realizar audiências públicas a fim de “ouvir a sociedade” a respeito de propostas para o novo CPC. Paralelamente à realização das mesmas, ocorriam reuniões da Comissão. Totalizaram-se 8 audiências públicas e 13 reuniões da Comissão de Juristas.

Como oportunamente nos lembram Dierle Nunes e Flaviane Barros, a perspectiva de reformas macroestruturais da legislação processual brasileira, especificamente no caso do Processo Civil, espantam pela rapidez com que algumas questões são resolvidas, a ausência de estudos prévios quanto à necessidade ou procedimento a ser adotado para a reforma:

(...) no campo processual civil, além do descumprimento das etapas prévias à elaboração do Anteprojeto, em especial a ausência de um diagnóstico prévio, fator assustador é a exigência pelo Senado (com finalidade de aproveitamento da legislatura) de entrega deste texto em 180 dias.

No entanto, após algum atraso, a comissão em 8 de junho de 2010, entregou ao Congresso o anteprojeto, antes de qualquer debate público de seu conteúdo (dispositivos legais projetados), que foi convertido no Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010.

Na elaboração do anteprojeto, a Comissão não explicitou os objetivos estruturantes da proposta,

¹⁰ Sobre as alterações pontuais feitas ao Código de 1973, vide Meirelles e Noblat, 2014, p. 202.

¹¹ A Comissão fora formada pelos juristas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpidio Donizetti Nunes (Brasil, 2010a).

apesar da afirmação recorrente da busca de celebridade alardeada nas inúmeras audiências públicas. (Barros e Nunes, 2010, p. 40)

Tal Comissão, no período de setembro de 2009 a junho de 2010 - pouco mais de 8 meses - apresentou então o texto inicial do Anteprojeto, a ser encaminhado para o Congresso. Junto, a Exposição de Motivos, assinada pelo Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Assim, diferentemente do caso de 1939, em 2010 nós temos uma exposição de motivos que apresenta um projeto, ou melhor, um Anteprojeto, que ainda será objeto de discussão, modificação e ainda trilhará um processo legislativo. Tal caminho legislativo foi de fato trilhado e o código que foi aprovado na forma da Lei 13.105/2015 apresenta diferenças relevantes quanto a sua estrutura e inovações, se comparado aquele texto vinculado ao Anteprojeto.

Mais do que simplesmente expor ou reforçar alguns pontos das concepções utilizadas, a exposição de motivos do Anteprojeto de Reforma é parte de um processo que, por si, confere legitimidade àquela reforma e, por isso, se insere num caminho de convencimento e legitimação ainda a se percorrer.¹²

4 Enunciadores e justificadores:

4.1 Francisco Campos

Autor da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos foi uma das principais vozes do Estado Novo. Marco Antônio Cabral

¹² O Anteprojeto ao qual nos referimos tornou-se, em junho de 2010, o Projeto de Lei do PL 166/2010. Naquele mesmo ano, o Senado elaborou um projeto de lei substitutivo, visando aperfeiçoar o anteprojeto: PL 8046/2010. Até então, o texto não havia sofrido grandes modificações, o que ocorreria na Câmara dos Deputados. O PL 8046/2010 foi, então, aprovado no Senado Federal, tendo sido encaminhado para a Câmara dos Deputados. Lá, sofreu inúmeras alterações, tendo um trâmite legislativo lento e conturbado, que veio a terminar apenas ao final de 2014, sendo finalmente sancionado em 2015: Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Estão disponíveis diversos quadros comparativos entre as redações, dentre os quais o de Sérgio Rodas (2015)

dos Santos chega a dizer que “dos grandes ideólogos que trabalharam para o Estado Novo, nenhum foi efetivamente mais influente junto à máquina estatal que Francisco Campos” (Santos, 2007, p. 2). Advogado e jurista, foi deputado estadual e federal, Secretário da Educação e Secretário do Interior em Minas Gerais, Ministro da Educação e da Saúde, Ministro Interino da Justiça, Secretário da Prefeitura do Distrito Federal, e Ministro da Justiça.

Como deputado durante a República Velha, desde cedo demonstrou sua filiação ao pensamento autoritário, fazendo críticas ao funcionamento do estado democrático e ao parlamento. Apoiou também estados de sítio, muito comuns durante a República Velha, como em 1921, quando defendeu o estado de sítio de Arthur Bernardes. Também foi sempre um pregador da unidade nacional, em oposição ao modelo federalista e descentralizado então vigente.

Durante sua participação no Estado Novo ajudou a construir a ideia de que o governo autoritário era consequência da inadequação da democracia liberal e da estrutura parlamentar às “sociedades de massa” (Santos, 2007, p. 34-36), o que repercutiu em diversos discursos do Presidente Vargas, muitos deles escritos pelo próprio Francisco Campos.

Exerceu o cargo de Ministro da Justiça entre os anos de 1937 a 1942, período no qual tomou a frente de diversas reformas nas legislações brasileiras, como na elaboração do Código Penal, do Código de Processo Penal, e do Código de Processo Civil, além de ter sido o principal redator da Constituição de 1937. Nesta Constituição, imprimiu sua concepção de democracia não parlamentar (antiliberal), onde o poder era centrado na figura de um presidente forte, que não precisaria ser eleito nem ter mandato limitado.

Após a Ditadura Vargas, tem sua figura apagada da política nacional, até o acontecimento do golpe de 1964 quando aparece como redator do Ato Institucional nº 1. Morreu em 1968, em Belo Horizonte.

Como jurista, além de sua participação na elaboração dos Códigos já referidos, teve relevante produção, principalmente nas áreas de Direito Constitucional e Administrativo, através de livros, ensaios e

pareceres. Foi, além disso, professor na Faculdade de Direito de Minas Gerais e catedrático na antiga Universidade do Brasil/RJ.

Na exposição de Motivo do Código de Processo Civil de 1939, imprimiu marcas de sua retórica autoritária e centralizadora, retomando fórmulas e ideias já expressas em seus discursos como parlamentar e ministro, como a necessidade de adequação da política às “modernas sociedades de massa”, adotando um caráter publicista e autoritário.

4.2 Luiz Fux

Presidente da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Luiz Fux iniciou sua carreira na advocacia privada, tendo depois atuado como Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio. Em 1982, ingressou como Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em 2001, foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ao longo de sua carreira como juiz, também atuou como professor de Direito, especialmente da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), onde atuou de maneira mais expressiva e por mais tempo (de 1977 até o presente momento, 2015) (Ministros, 2014; Fux, 2014). É autor de mais de 20 livros sobre Direito Processual, dentre manuais e livros de doutrina jurídica, coletâneas e outros.

Em 2009, foi indicado para compor a Comissão de Juristas que formulou o Anteprojeto de Reforma, sendo presidente desta. Além disso, Luiz Fux, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, fora o principal divulgador e “defensor” das propostas de mudança (Fux, 2010; Entrevista, 2012). Um mês após a formação da comissão, em entrevista ao Portal Migalhas, Luiz Fux afirmou que:

A nova comissão tem uma outra ideologia que é a da celeridade processual. Então o que propugnamos não é que tenhamos instrumentos para enfrentar milhares de processos, mas antes que nós não tenhamos milhares de processos e para isso temos que ter técnicas conducentes à redução do número de demandas sem criar nenhum prejuízo em que a parte possa reclamar sobre alguma ameaça ou lesão. (Ministro, 2009)

Diversas foram as falas de Luiz Fux ao longo da elaboração do Anteprojeto e depois. Da fala acima, podemos destacar a preocupação com a *celeridade* e a *duração do processo*, e, também, sobre a necessidade de uma reforma que traga novas ferramentas de gestão para “enfrentar milhares de processos”. Como destacado em artigo do Consultor Jurídico (CONJUR), ainda em 2010, numa divulgação da minuta de trabalho da comissão e das novas medidas que seriam trazidas:

Entre essas medidas, ele destacou instrumentos processuais que levarão ao fortalecimento da jurisprudência dos tribunais superiores, bem como à unificação dos prazos recursais; a eliminação de alguns recursos, como os embargos infringentes; e a criação do incidente de coletivização das ações de massa, para evitar que milhares de ações individuais idênticas cheguem ao Poder Judiciário. “O processo é um instrumento de realização de Justiça que precisa ser implementado dentro de um prazo razoável, embora atualmente os juízes tenham que travar, ao julgar, uma luta incansável contra o tempo”, afirmou. (Novo, 2010)

Podemos identificar, nestas falas, uma grande preocupação com o Poder Judiciário, isto é, com o a perspectiva interna da gestão do processo. *Celeridade, eficiência, prazos razoáveis*: noções que remetem ao aspecto gerencial do processo judicial, com a quantidade de processos e sua finalização.

Ainda após o encerramento dos trabalhos da comissão, Luiz Fux continuou seu trabalho como “defensor” da Reforma, em entrevistas e aparições na mídia. Logo após sua posse no Supremo Tribunal Federal, em 2011, afirmou em entrevista ao Valor Econômico:

Valor: *Por que a reforma do Código de Processo Civil é necessária?*

Fux: *Ela vai trazer para o país uma performance da Justiça que reduzirá sobremodo o denominado risco Brasil. Nós vamos ter uma Justiça ágil e previsível.*

Valor: *Como assim? Como será na prática?*

Fux: *Nós detectamos três fatores muito expressi-*

vos que influem na morosidade da prestação da Justiça: excesso de formalidades, de recursos e de demandas. A criação de contenciosos de massas é terrível. Hoje, há um milhão de ações de poupadores de cadernetas que vão se transformar em um milhão de recursos nos tribunais. Como enfrentar esses casos? Primeiro, reduzimos as formalidades do processo. Fizemos uma amostragem de que a cada cinco decisões do juiz, eram possíveis 25 recursos ainda na 1ª instância. Reduzimos esses recursos. (Basile, 2011)

A figura do Ministro Luiz Fux como enunciador da exposição de motivos se insere num contexto não apenas de um Estado Democrático de Direito: afirmações quanto a preocupações internas do Judiciário, citações ao “risco Brasil”, morosidade, celeridade; identificam o contexto deste enunciador, como inserido num contexto político e institucional específico.

5 Procedimentos Retóricos e elementos de justificação nos textos

5.1 Campos, o processo popular e o Estado administrador da justiça.

O texto de 1939, redigido por Francisco Campos, é dirigido ao Presidente da República, Getúlio Vargas, a quem caberia aprovar o Código. Ele diz:

Depositando nas suas mãos e submetendo à alta aprovação de Vossa Excelência o projeto do Código do Processo Civil, destinado a vigorar em todo o Brasil, não posso deixar que passe sob silêncio um novo aspecto desse instrumento legislativo. (Campos, 2001, p. 182)

Em outras passagens (Campos, 2001, p. 176 e 181), refere-se às “idéias” e ao “interesse” de “Vossa Excelência”, dirigindo-se diretamente ao Presidente cinco vezes ao longo do texto.¹³

¹³ Se tratando unicamente do Presidente Vargas, a relação discursiva criada por Campos segue um *princípio de regulação* (Charau-deau, 2011, p.16), uma vez que o presidente, tendo poder de aprovar ou não o texto do projeto de Código, exerce também um poder de ação sobre este. Vargas não se coloca aqui, então, só como auditório, mas também como regulador da ação política de Campos.

Isto não quer dizer que o auditório de Francisco Campos é constituído unicamente por Vargas, pois devemos lembrar que a exposição de motivos é um documento público, anexo ao anteprojeto do código, sendo por isso destinada também a todos aqueles que utilizarão o código: em primeiro plano, a comunidade jurídica, os operadores e estudiosos do direito; e em segundo plano, todo o povo brasileiro. São estes que constituem a *instância cidadã* com quem Francisco Campos dialoga, uma vez que são aqueles sobre quem o Código exercerá influência, apesar de não possuírem qualquer poder sobre a elaboração do mesmo. É deles que o enunciador tenta conquistar a *legitimidade*, sendo esta relacionada ao ato de poder que ele tenta justificar, no caso, a reforma representada pelo CPC de 1939.

Esta pluralidade de interlocutores se relaciona também com a pluralidade de agentes envolvidos na formulação do discurso - no caso, o contexto institucional, político em que fala Campos - gerando assim um discurso que imprime determinada ideologia. Como já colocado, o discurso político é *polifônico*, e resulta da soma de uma pluralidade de vozes que imprimem uma ideologia comum ao discurso. Entender que a fala de Campos se insere sempre numa pluralidade de agentes relacionados ao Estado Novo ajuda a entender como sua fala é utilizada para legitimar o aparato político do qual faz parte.

Campos cria uma narrativa, uma problematização, criando um panorama das falhas da legislação processual vigente, que ele chama de “processo tradicional”, e demonstrando como isto é solucionado pelo novo código e por toda a política instituída pelo governo do qual faz parte. Desta maneira, ele coloca como *instância adversária* aqueles que defendem o modelo anterior ou se opõem ao novo código, tentando assim deslegitimá-los.

Primeiramente, ele cria uma imagem de *atraso* da legislação de processo no Brasil, em relação ao que já existe de moderno e avançado no campo do Processo Civil em outros países: “[...] a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de estado para estado, regia a aplicação da lei entre

nós.” (Campos, 2001, p. 162). E continuando:

Já se tem observado que o processo não acompanhou, em nosso País, o desenvolvimento dos outros ramos do Direito. O atraso em que se achavam as nossas leis judiciárias refletia-se sobre o trabalho dos estudiosos, e, enquanto por toda parte as construções teóricas mais sagazes, e por vezes mais ouvidas, faziam da ciência do processo um campo de intensa renovação, a doutrina nacional retardava-se no repisar de praxes, fórmulas e máximas de que fugira o sentido e de que já não podíamos recolher a lição. (Campos, 2001, p. 162)

Assim, compara o atraso de nosso Direito Processual não só em relação a outros países, mas também em relação aos outros ramos do Direito, relacionando este fato com o atraso da nossa doutrina.

Com esta imagem de atraso que tenta construir do processo então vigente, Francisco Campos cria um imaginário de modernidade¹⁴ associado ao novo código de processo, que estaria em consonância com o que há de melhor e de mais atual na “ciência e na técnica do Direito”.

Alinhada à ideia de *atraso*, Francisco Campos cria uma ideia de *confusão e complexidade*, citando a falta de *sistematicidade* do Código:

O processo era antes uma congérie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimia nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. (Campos, 2001, p. 162)

Seguindo esta linha, faz críticas à pluralidade de forma das ações que seriam “muitas vezes inacessíveis aos próprios técnicos”, caracterizando-as pelo “formalismo mais bizantino.” (Campos, 2001, p. 172). Assim, o processo seria por demais complexo e confuso, tornando difícil a prática e a compreensão do direito, o que causaria uma grande *morosidade*. A *morosida-*

¹⁴ Vide a noção de *imaginário sociodiscursivo* na metodologia. O mesmo se aplica ao *imaginário de Soberania Popular*, que será citado à frente.

de é destacada, por exemplo, pelo prolongamento causado pelos recursos possíveis nas antigas legislações: “Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso.” (Campos, 2001, p. 172)

Estas imagens de *atraso, confusão e complexidade*, e *morosidade* seriam a causa do descrédito que a população depositaria no sistema judiciário:

Descomplicando lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito. A ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais. Seguro embora de seu direito, ninguém afrontava sem receio os azares imperscrutáveis de uma lide. Deixado à mercê de si próprio e do adversário, o homem via no juízo um ordálio de que só o acaso ou a habilidade o faria sair vencedor. (Campos, 2001, p. 163-164)

Desta maneira, Francisco Campos demonstra como o processo antigo não tinha um caráter popular, mas antes disso, servia apenas como “um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça.” (Campos, 2001, p. 162)

Assim como ele cria um imaginário de *modernidade* que se opõe à imagem de atraso atribuída ao modelo anterior de processo, ele cria um imaginário de *sobrerania popular* associada ao novo código, o opondo à imagem elitista do processo tradicional:

A transformação social elevou, porém, a justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta a acessível a cada um. (Campos, 2001, p. 163)

Para melhor representar o povo, o Estado teria que tomar para si o controle do processo. Duas concep-

ções são assim expressas por Campos, de modo a criar duas fórmulas antagônicas, uma reprovável e outra louvável: *A concepção duelística de processo*, antes de 1939, e a *concepção autoritária de processo*, depois. “À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça.” (Campos, 2001, p. 163). Assim, o modelo tradicional, *duelístico*, é sempre descrito como um instrumento dos particulares, enquanto o novo modelo é sempre descrito como um instrumento em nome da verdade e da justiça, que seria administrado pelo Estado, através da figura do juiz. “O juiz é o Estado administrando a justiça” (Campos, 2001, p. 167), ele diz. Estas duas fórmulas são repetidas diversas vezes pelo ministro, de modo que sejam naturalizadas pelo seu auditório.

Para reforçar a imagem negativa do processo duelístico, faz referência à “luta judiciária entre particulares” (Campos, 2001, p. 163, 164), critica seu “princípios privatísticos” (Campos, 2001, p. 167) e destaca que neste “o estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido.” (Campos, 2001, p. 163) São repetidas tentativas de deslegitimar a *instância adversária*, relacionando-a a tais características negativas.

Já o processo autoritário¹⁵ defendido é o processo de concepção publicista, que Campos atribui a Chiovenda. (Campos, 2001, p. 167) Este acabaria com o caráter privatístico e duelístico do processo anterior: “Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do estado a administração da Justiça, subtraindo-a à discricção dos interessados, tem um sentido altamente popular” (Campos, 2001, p. 163). Para tanto, Campos traz o que chama de *processo oral*, através do qual são aumentados os poderes do juiz, quanto ao seu poder decisão e seu controle das testemunhas e das provas, justificando-se assim algumas das principais mudanças trazidas pelo código.

Assim, esta é a narrativa traçada por Francisco Campos para a legitimação do código: apresenta como

15 Deve-se destacar aqui que a ideia de “autoritário” não possuía a conotação negativa que pode possuir hoje, sendo utilizada com sentido positivo em diversos textos da época.

situação inicial e problemática o descrédito e a inoperabilidade do processo antigo, tendo como causa a concepção duelística de processo (fórmula que é repetida ao longo de todo o texto) então vigente, que é caracterizada negativamente por seu *atraso*, por suas *confusão e complexidade*, por sua *morosidade*, e, finalmente, pelo seu caráter *não popular e privatístico*. Apresenta então como solução a concepção publicista de processo, presente no código do qual é representante. Traz, desta maneira, o problema, a causa e a solução.

Para construir a argumentação em favor da reforma processual, Francisco Campos utiliza de uma argumentação que passa a ideia de que, naquele momento, é imprescindível este tipo de reforma. É um argumento *pelo peso das circunstâncias*¹⁶ (Charaudeau, 2001b, p. 102), passando a ideia de que a situação exige aquela atitude:

Era, porém, sobretudo, uma imposição de alcance e de sentido mais profundo: de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da Justiça; De outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de estado para estado, regia a aplicação da lei entre nós. (Campos, 2001, p. 161)

Assim, Francisco Campos passa a ideia de que a reforma processual é uma “imposição” de “sentido mais profundo”, ou seja, algo inevitável.

Junto a este tipo de argumento, utiliza constantemente de lugares comuns com os quais todos concordam, através da *força das crenças compartilhadas*. Assim acontece quando Campos diz que o código de que fala é “eminente popular” e “um instrumento de defesa dos fracos” (Campos, 2001, p. 164), e quando o relaciona à promoção da justiça. É óbvio que se algo é popular e justo, é algo desejável, e, uma

16 Esta e outras classes de argumentos citados (argumentos pela força das crenças compartilhadas, por analogia, por desqualificação, e pela autoridade de si) são enumeradas por Charaudeau na obra aqui utilizada como referência: *O Discurso Político* (Charaudeau, 2001).

vez que se relaciona seu código com tais valores, o código passa a ser desejável, mesmo que não se expresse diretamente quais inovações o torna mais justo ou popular.

Estes tipos de argumentação partem de uma enunciação delocutiva. Este tipo de enunciação faz com que o sujeito que proclama o discurso, o enunciador, se coloque fora da construção do discurso, de modo que ele seja apenas a “voz da verdade” (Charaudeau, 2001, p. 178). Assim, tudo o que é dito por Francisco Campos deve ser tomado como algo evidente, algo que já está dado, e ele apenas expõe.

Como estratégias de legitimação, são recorrentes ainda as *analogias*, principalmente através da citação de autores estrangeiros: “Eis como em relação ao processo nos Estados Unidos se pronunciam Taft, Elihu Root e Roscoe Pound.” (Campos, 2001, p. 165); “Em relação à prova pericial, o projeto encontra a sua melhor justificativa nestas palavras de Willoughby” (Campos, 2001, p. 170); e

Ainda aqui, para não estar repetindo em outras palavras o que já foi excelentemente escrito, transladarei as palavras dos que mais de perto sentiram, na teoria e na prática, os defeitos do processo tradicional. Willoughby, no livro já citado, resume a questão nestes termos. (Campos, 2001, p. 172)

Aqui, o autor atribui a Willoughby, autor norte americano, a experiência de ter sentido de perto, na teoria e na prática, os defeitos do processo tradicional. Não demonstra, porém, como o processo tradicional americano se assemelha ao nosso, possivelmente realizando um grande anacronismo, visto que os modelos políticos e legais dos Estados Unidos e do Brasil eram e são muito diferentes. Limita-se a dizer que “os defeitos apontados pelos três grandes nomes da jurisprudência americana são os mesmos de que padece a nossa administração da justiça, particularmente o instrumento, pelo qual ela se exerce, que é o processo.” (Campos, 2001, p. 166), sem dizer exatamente quais defeitos são estes.

Por fim, Francisco Campos ainda se utiliza de dois recursos para legitimar o projeto. Primeiramente, o relaciona com o contexto político da época. Coloca-

-o então em consonância com o projeto político do governo de unificação nacional:

Aspecto relevante da reforma processual brasileira é, com efeito, a sua última conexão, com o problema da unidade política do País. Contra a tendência descentralizadora da Constituição de 1891, que outorgara aos estados a faculdade de legislar sobre o processo civil e comercial, insurgiram-se os elaboradores do estatuto de 1934, transferindo à União essa prerrogativa política. Mas esta restituição à União de um poder de legislar, que, durante um século, lhe pertencera, estava destinada a permanecer letra morta dentro do ambiente da exagerada autonomia política ainda reservada por aquela Carta aos estados componentes da Federação.

A Constituição de 10 de novembro veio tornar possível, fortalecendo o poder central, a realização da unidade processual, e, para dar-lhe maior expressão e coerência, unificou também a Justiça. (Campos, 2001, p. 182)

Neste trecho, o Ministro dá um sentido maior à reforma processual, atribuindo-lhe uma “razão de Estado” superior, que o envolve em no plano de unificação nacional do Estado Novo. Para isso, critica o fato de que, com a constituição anterior (de 1934), a elaboração do Código de Processo Civil permaneceu “letra morta”, omitindo a existência do projeto presidido pelo Ministro Vicente Ráo, que encontrou seu fim no golpe que instaurou o Estado Novo.

Exclui, porém, de sua análise, qualquer associação negativa que possa ser feita entre o regime autoritário do governo e a concepção autoritária de processo, citando países com regimes políticos distintos, que possuem, no entanto, características processuais (em tese) semelhantes:

Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juizes na Inglaterra; esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual. (Campos, 2001, p. 167)

Em segundo lugar, Campos atribui (assim como será feito por Fux) uma legitimidade democrática ao projeto, ao dizer que ele foi amplamente discutido pelo País, e que as sugestões feitas foram utilizadas na elaboração do Código. Diz que “o anteprojeto foi largamente discutido, e advogados, juízes, institutos e associações remeteram ao ministério cerca de quatro mil sugestões, todas minuciosamente examinadas e muitas incluídas entre as emendas sofridas, pelo texto” (Campos, 2001, p. 181); não dizendo, porém, quais sugestões foram aceitas, e de que maneira elas influíram no texto final apresentado.

5.2 Fux, o processo democrático, e o acesso à Justiça.

O primeiro ponto de destaque, já citado quando da identificação dos *corpora*, é que, embora ambas as exposições de motivos busquem adesão e convencimento, elas não estão em contextos iguais: se em 1939 a exposição vem apresentar um código já pronto, a ser *decretado* pelo Presidente; em 2010, a exposição vem apresentar uma proposta, um Anteprojeto, que ainda passaria por longo processo legislativo até vir a ser *promulgado*.

Assim, desde já temos uma diferença quanto ao *auditório* dos dois discursos. Uma vez dito que o Novo Código passará ainda por um processo legislativo, ou seja, será ainda votado, deve-se incluir no auditório todo um corpo de pessoas que terá um poder sobre a criação do Código, e que, portanto, pertence também à instância política. Assim, quando Fux se dirige diretamente ao presidente do Senado, José Sarney, como em: “Missão cumprida, Senhor Presidente. Receba esse anteprojeto [...]” (Brasil, 2010a, p. 9) devemos entender que ele se dirige a toda uma *instância política* constituída pelos parlamentares que ainda votarão o anteprojeto e farão alterações nele (como de fato aconteceu), inseridos em um *princípio da regulação*, onde tanto o enunciador quanto o receptor do discurso possuem poder sobre aquela ação política. Além disso, o discurso, uma vez público, se dirige a toda uma *instância cidadã* daqueles que serão afetados pelo novo código, e de quem o enunciador busca legitimidade: a comunidade jurídica em primeiro plano, e toda a comunidade brasileira, em segundo plano.

É importante novamente ressaltar que o discurso

político é resultado de uma *polifonia*, sendo difícil identificar com precisão quais são os diversos agentes que estão por trás do discurso, mascarados pelo *enunciador* que profere o discurso. Na análise desta exposição de motivos, centramos a análise na figura do enunciador que assina o texto, assumindo a autoria da exposição de motivos, identificando Luiz Fux como enunciador da exposição de motivos. É ele quem assina o texto, e é necessário ressaltar o papel central dele na comissão de juristas, e no papel que ele exerceu e ainda exerce como “defensor” do novo CPC e da reforma legislativa como um todo. Apesar disso, deve-se lembrar em conta que diversos agentes além de Fux participaram da elaboração do anteprojeto, sendo este uma obra coletiva. Nossa análise, porém, não gira em torno do anteprojeto, mas apenas de sua exposição de motivos, motivo pelo qual centramos a análise na figura de Luiz Fux.

Fux cria, assim como Campos, uma narrativa, partindo da elaboração dos problemas do atual Código de Processo Civil de 1973, para então apresentar as soluções trazidas pelo novo código, através da exposição de motivos de seu anteprojeto. No pequeno texto de introdução à exposição de motivos (Brasil, 2010a, p. 7-9), Fux trata justamente desta problematização:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. (Brasil, 2010a, p. 7)

A imagem de *morosidade* é utilizada por Fux, assim como foi por Francisco Campos. Esta morosidade causaria uma “descrença”, um “desprestígio” e uma “insatisfação” da população em relação ao judiciário, quadro que a comissão teria o desafio de reverter.

Outro ponto relevante é como que a figura de “desprestígio” é construída numa lógica baseada numa realidade fática, pautada por “índices [...] de insatis-

fação” e “estigma” que, entretanto, não vêm acompanhados de nenhuma referência de dados que comprovem suas afirmações – diferente de quando ele trata de categorias abstratas de processo, como veremos adiante.

A partir do problema da *morosidade*, Fux passa a indicar suas causas:

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?

Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? (Brasil, 2010a, p. 7-8)

Aqui, Fux traz como causa da *morosidade* o grande volume de ações e recursos, que por sua vez seriam causados por uma litigiosidade desenfreada. Assim, ele cria uma figura semelhante à criada por Francisco Campos, quando este descreve a *concepção dualística de processo*, que seria marcada pautada por “princípios privatísticos” e pela “luta judiciária entre particulares”.

O processo seria também prenhe de “solenidades e recursos”, o que é um dos pontos centrais da argumentação de Fux. Da mesma maneira que Campos, que também criticava os diversos recursos e ações do processo tradicional, Fux tenta criar uma imagem de *confusão e complexidade* ao atual processo, de toda gestão do Judiciário e do sistema de justiça.

Assim como em Campos, o excesso de recursos e a confusão do processo são decorrentes de uma *falta de sistematicidade das normas*, causada pelos sucessivos acréscimos que o atual Código de Processo Civil teria sofrido por leis posteriores:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método

consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistêmica. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. (Brasil, 2010a, p. 12)

O mesmo ocorre em:

Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo. (Brasil, 2010a, p.13)

Após criar as imagens negativas em relação ao código anterior, associadas à *morosidade* e a *confusão e complexidade*, que seriam causadas pelo excesso de “solenidades e recursos” e pela falta de *sistematicidade e coesão das normas*, o que levou ao desprestígio do judiciário por parte dos cidadãos, Fux começa a apresentar as soluções trazidas pelo anteprojeto de código, através da criação de fórmulas e de *imaginários sociodiscursivos*, aliados às mudanças em matéria processual.

A principal fórmula elaborada por Fux é de um processo mais *célere*. A palavra *celeridade* é repetida inúmeras vezes ao longo do texto, aliada às ideias de *duração razoável do processo e simplificação*. Para atingir a *celeridade*, o projeto recorre à eliminação de recursos e simplificação do sistema recursal, além da criação do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Brasil, 2010a, p. 21). Outro valor constantemente defendido é o de *segurança jurídica*, que seria garantida por mecanismo de unificação da jurisprudência por tribunais superiores.

Da mesma maneira que Campos faz em 1939, Fux cria *imaginários sociodiscursivos* aos quais o auditório deve aderir. O primeiro deles é o de “*soberania popular*”. Enquanto Campos traz sempre a ideia de que o Código de 1939 traz um “*processo popular*”, Fux traz

um “processo democrático”, sempre associando as suas mudanças à democracia e ao Estado Democrático de Direito. Seguindo esta linha de raciocínio, diz:

Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. (Brasil, 2010a, p. 8)

Fux menciona também que foi uma preocupação da comissão “legitimar democraticamente as soluções”. Esta “legitimação democrática” teria vindo do “despreendimento com que” ouviram “o povo, “a comunidade jurídica e a comunidade científica”, tendo recebido “13 mil acesso a página da Comissão”, realizado “audiências públicas por todo o Brasil” e tendo recebido “duzentas e setenta sugestões”, além da “manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por instituições acadêmicas e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto”. E conclui: “Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida” (BRASIL, 2010a, p. 9). Note-se que também Campos utiliza as sugestões como legitimação democrática, dizendo que recebeu mais de quatro mil sugestões, após o projeto ser largamente discutido (Campos, 2001, p. 181).

Fux cria a imagem de que a reforma é exigida pela comunidade jurídica, que seria unânime quanto à existência de problemas: “Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.” (Brasil, 2010a, p. 13)

Outro imaginário trabalhado por Campos é o de articulação entre *Tradição e Modernidade*. Ele tenta criar uma ideia de continuidade com o Código de 1973, sem para isso renunciar às inovações necessárias:

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pe-

las reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência (Brasil, 2010a, p. 12)

Assim, ressalta que não se deve fazer “taboa rasa das conquistas alcançadas” (Brasil, 2010a, p. 32) pela lei anterior, mas aproveitar o que elas têm de bom e introduzir as mudanças necessárias, compatíveis “com as necessidades e as exigências da vida hodierna.” (Brasil, 2010a, p. 7).

Fux se estende mais que Campos nas mudanças trazidas pelo projeto, detalhando com mais minúcias o que há de novo e o que foi retirado ou modificado. Desta maneira, a exposição de motivos imprime uma aparência de maior cientificidade e tecnicidade.

Para legitimar tais mudanças, são abundantes as citações a doutrinadores e pensadores nacionais e estrangeiros. Na introdução à exposição de motivos (Brasil, 2010a, p. 7-9), estas citações possuem caráter mais ideológico, e tentam construir uma imagem de busca por justiça. Aqui, são citadas figuras tão diversas como Kelsen, Shakespeare, Jhering, Cesare Vivante, e Fernando Pessoa. Na exposição de motivos em si, são abundantes as referências a doutrinadores nacionais (Figueiredo Teixeira, Barbosa Moreira, Cândido Dinamarco e outros) e internacionais (Cappelletti, Vigoritti, Alexy e outros) com passagens que se relacionam aos temas tratados. Fux explicita que o código se inspira em instrumentos estrangeiros “consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*” (Brasil, 2010a, p. 8), e no final da exposição argumenta que “Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações.” (Brasil, 2010a, p. 33).

6 Conclusões

A hipótese inicial de que a elaboração do Código de Processo Civil de 1939 e do atual Anteprojeto do Novo CPC, embora situadas em contextos históricos e políticos muito distintos, se aproximam quando

analisamos os discursos quanto à justificativa e à necessidade de mudança, encontra-se confirmada. As fórmulas utilizadas, assim, variam conforme o vocabulário da época (democrático/popular, técnico/científico, combate à morosidade/busca por celeridade), mas se aproximam nos procedimentos retóricos utilizados na busca de adesão e justificação.

Ambos os modos de justificação seguem o mesmo caminho. Apresentam como situação inicial e problemática o descrédito da população em relação ao Judiciário e ao processo. Para tanto, destacam a inoperabilidade do processo anterior, criando imagens de *morosidade* e de *confusão e complexidade*, através das referências à falta de sistematicidade entre as normas, pela pluralidade de recursos, e pela falta de mecanismos que simplifiquem o processo. A isto se soma o excesso de ações e recursos promovidos pelos cidadãos, graças a uma “litigiosidade desenfreada”, uma tendência dos brasileiros a resolverem seus conflitos no Judiciário. Tudo isto criaria uma dificuldade da população realmente encontrar a justiça nos tribunais, caracterizando-se assim um *desvio de função* do processo, que seria utilizado por particulares para criar ou protelar situações ilegítimas. Campos cria esta imagem através da conceituação da *concepção de duelística de processo*.

Demonstramos, assim, que, apesar dos autores analisarem momentos distintos do Processo Civil no Brasil, em momentos políticos muito distintos, os diagnósticos realizados são incrivelmente semelhantes. Ambos identificam praticamente os mesmos problemas no Processo Brasileiro, e a partir deles propõem suas soluções. As soluções também se aproximam, divergindo apenas a adequação dos argumentos de legitimação à realidade política de cada época.

Destacamos também, principalmente no Código de 1939, as argumentações com o caráter primeiramente político. O CPC, escrito em pleno Estado Novo, se encaixa no plano de unificação nacional, fato que é citado diversas vezes na exposição de motivos e nos textos de doutrina da época. Este e outros fatos ajudam-nos a desconstruir a visão que se tem do Processo como sendo uma matéria eminentemente técnica, e ressaltar o caráter político existe na matéria processual. Fica o questionamento de se é pos-

sível alterar a realidade e os problemas processuais brasileiros apenas com reformas legislativas, ou se é necessária uma mudança mais profunda da cultura jurídica brasileira, e por que não, da cultura processual brasileira.

Concluimos, deste modo, que através da análise discursiva das exposições de motivos, não é possível identificar nos dois discursos analisados, referências textuais a investigações do cotidiano do sistema de justiça – investigações que apresentem dados quantitativos e qualitativos do sistema processual que permitam *identificar problemas* para então *propor soluções* – mas sim que tais justificativas vem de procedimento retóricos que propõem a criação de *imaginários sociodiscursivos*. Tais imaginários, por sua vez, não são demonstrados – isto é, não apresentam uma racionalidade a partir de dados empíricos – e, portanto, não são baseados em *teorias* acerca dos problemas processuais brasileiros, mas sim são construídos retoricamente por meio de argumentos que, apesar de pretenderem uma cientificidade *teórica*, fundam estruturas argumentativas que podem ser identificados como *sistemas de pensamento*¹⁷ *doutrinários e ideológicos*.

Isto não quer dizer que tais dados empíricos não existam, ou que não tenham sido apreciados pelo legislador na hora da elaboração do anteprojeto, mas sim que discursivamente eles não são utilizados para fundamentar as reformas, de modo que nas exposições de motivos sejam utilizados principalmente elementos retóricos baseados nos *imaginários sociodiscursivos* apresentados, de modo que dados retirados de pesquisas empíricas concretas sobre o processo civil e sobre os problemas relacionados ao cotidiano judiciário não estão presentes nos discursos das exposições de motivos. Desta maneira, no âmbito do discurso, ambas as exposições de motivos reproduzem semelhantes problematizações acerca do processo brasileiro, em 1939 e hoje, como se não tivessem sido questionadas, apesar da crescente produção e investigação no Brasil sobre os problemas relativos ao Judiciário, à prática do Direito e ao processo civil,

¹⁷ Sobre *sistema de pensamentos*, e para a conceituação de *teoria, doutrina e ideologia*, ver nota 5. Para uma análise mais detalhada, ver Charaudeau (2011, p. 199-202)

tanto pela academia como pelos órgãos competentes, como o CNJ, o STF, o Ministério da Justiça e a Secretaria de Reforma do Judiciário.

Podemos concluir também, pelo exposto, que as exposições de motivos trabalhadas buscam antes um convencimento pela *persuasão* do que pela *convicção*¹⁸, uma vez que busca primeiro fazer com que o auditório se identifique com certos valores e imaginários compartilháveis, para então tentar convencê-lo através de uma argumentação doutrinária e ideológica – no caso, convencê-lo de que a reforma da legislação processual civil é necessária à melhoria do sistema de justiça.

////////////////////////////////////

18 Para diferença entre *convicção* e *persuasão*, ver nota 6.

7 Referências

- Almeida, G. G. S. L.; Almeida, M. G. S. Lm. (2014). Argumentos de justificação para as reformas processuais: uma análise semiolinguística das exposições de motivos do Código de processo civil de 1939 e do anteprojeto de reforma de 2010. *Associação Brasileira de Sociologia e Direito, V, 2014, Anais do V Congresso da ABRASD Vitória*, pp. 1332-1351.
- Basile, J. (2011). “Código de Processo Civil será revolucionário”. Brasília. 05/09/2011 às 00h00. *Valor Econômico S.A.* Disponível: <<http://www.valor.com.br/politica/997988/codigo-de-processo-civil-sera-evolucionario#ixzz38j3gQ97b>>.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência (2009). *Ato n. 379, de 30 de setembro de 2009, Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano CXLVI, n. 189, 02 out. 2009, seção 1, p. 19.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal (2010a). *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal (2010b). *Parecer PLS1662010 Final Aprovado*.
- Campos, F. (2001). Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, p. 161-183
- Charaudeau, P. (2001). *Discurso Político*. 2. ed. São Paulo: Contexto.
- Costa, M. L. (1970). *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo.
- Duarte, F., Koerner, A. (2014). O Pensamento Jurídico Publicista brasileiro. *Congresso da BRASAS*, Londres, 2014
- Barros, F. M., Nunes, D. (2010). As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: Barros, Flaviane de Magalhães e Bolzan de Moraes, Jose Luís (Coord.) *Reformas do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, p. 15-53
- Entrevista com o ministro Luiz Fux sobre o novo Código de Processo Civil - STJ Cidadão (2012). Enviado em 15/02/2012 – Canal no Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FmToJrt-Ks0>>
- Fux, L. (2010). *Aula sobre o novo Código do processo civil com o Ministro Luiz Fux*. Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) – Canal no Youtube. 2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=q7ltxYxuxkk>>
- Haidar, R. (2011). “Opinião pública não pode pautar o Supremo” *Revista Consultor Jurídico*, 19 de junho de 2011, 09:45h. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-19/entrevista-luiz-fux-ministro-supremo-tribunal-federal>>
- lorio Filho, R. M. (2012). *Os discursos de Benito Mussolini: uma proposta de identidade cultural italiana*. Curitiba: CRV.
- lorio Filho, R. M. (2014). *Uma questão de cidadania: O papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal*. Curitiba: CRV.
- Meirelles, D. R., Noblat, F. (2014). De “Poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Ano 8, Volume VIII. Janeiro a Junho de 2014*. Rio de Janeiro. pp. 200-228.
- Ministros, Supremo Tribunal Federal (2014). Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=45>>
- Ministro Luiz Fux concede entrevista sobre reforma do CPC. (2009) Portal Migalhas, Poscast Radio Bravo. quarta-feira, 28 de outubro de 2009. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95961,21048-Ministro+Luiz+Fux+concede+entrevista+sobre+reforma+do+CPC>>.
- Novo CPC trará importantes mudanças, diz Fux (2010). *Revista Consultor Jurídico*, 08 de abril de 2010, 10:38h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-08/luiz-fux-apresenta-detalhes-mudancas-anteprojeto-cpc>>
- Rodas, S. (2015). Veja como o projeto do Novo CPC evoluiu do início até a aprovação pelo Senado. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de janeiro de 2015, 8h19. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/veja-projeto-cpc-evoluiu-legislativo>>
- Santos, M. A. C. (2013). Francisco Campos: um Ideólogo para o Estado Novo. *Revista de História, Juiz de Fora*, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/locus/files/2010/02/25.pdf>>

ALIENAÇÃO PARENTAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO:

uma abordagem empírica // *Mariana Cunha de Andrade*¹ e *Sergio Nojiri*²

Palavras chave

síndrome da alienação parental / alienação parental / falsas memórias / pesquisa empírica / análise jurisprudencial

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Metodologia**
- 3 Análise jurisprudencial e discussão**
 - 3.1 Quantidade de ações por ano e por estado
 - 3.2 Tipo da ação
 - 3.3 Perícia multidisciplinar
 - 3.4 Sexo
 - 3.5 Atos alienatórios
 - 3.6 Foi alegada alienação parental pelas partes
 - 3.7 Alienação parental foi identificada pelos magistrados na decisão?
 - 3.8 Se a alienação parental não foi identificada pelos magistrados e não foi alegada pelas partes, em que sentido ela foi citada?
 - 3.9 Alegações de abuso sexual
- 4 Conclusão**
- 5 Referências**

Resumo

A presente pesquisa aborda o papel do Judiciário na resolução dos conflitos que envolvem a alienação parental. Como o Poder Judiciário encara as alegações de alienação parental ou de abuso sexual? Qual é o sexo predominante dos genitores alienadores? Quais os atos de alienação parental que são alegados pelas partes? Quais medidas os magistrados tomam para que a alienação parental seja evitada? As respostas para essas perguntas são obtidas mediante pesquisa empírica. Para tanto, foi feita uma coleta de dados sobre casos envolvendo alienação parental nos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais, entre os anos de 2009 e 2014. Trata-se, portanto, de um estudo demográfico e empírico quantitativo que busca um panorama das ações que envolvem o fenômeno da alienação parental.

1 Graduada em Administração de Empresas com ênfase Comércio Exterior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. E-mail: maricunha.andrade@usp.br

2 Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor de Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP e Juiz Federal. E-mail: nojiri@usp.br

PARENTAL ALIENATION AND THE BRAZILIAN JUSTICE SYSTEM:

an empirical approach // *Mariana Cunha de Andrade and Sergio Nojiri*

Keywords

parental alienation syndrome / parental alienation /
false memories / empirical research / case law analysis

////////////////////////////////////

Abstract

This research addresses the judiciary's role in the conflict resolution involving parental alienation. How the judiciary faces the allegations of parental alienation or sexual abuse? What is the predominant gender of alienating parents? What acts of parental alienation are alleged by the parties? Which measures the judges take to avoid parental alienation? The answers to these questions are gathered using an empirical research. For this purpose, we performed a data collection of cases involving parental alienation in the Courts of Appeal in the states of São Paulo and Minas Gerais, between 2009 and 2014. It is a demographic and quantitative empirical study that seeks to provide an overview of actions involving the parental alienation phenomenon.

1 Introdução

A Síndrome da Alienação Parental (SAP), termo cunhado nos Estados Unidos, na década de 1980, pelo Dr. Richard Alan Gardner, é um problema que tem recebido destaque nos debates sobre direito de família, devido à recente Lei nº 12.318/2010, que em seu art. 2º, define a alienação como sendo uma “*interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este*”. Dentre outras matérias, a citada Lei estabelece a reprovação estatal à conduta alienadora e fornece ao julgador elementos para identificá-la e apreendê-la.

Em linhas gerais, trata-se de um fenômeno que normalmente surge em situações de graves conflitos familiares em que se verifica a tentativa de um genitor de afastar o outro da convivência familiar com os filhos, por meio de estratégias e artifícios que são próprios da conduta alienadora. É resultante da combinação entre a programação de um genitor e as contribuições do próprio filho, visando a depreciação e o consequente alijamento do outro genitor.

No cenário conflituoso de uma dissolução do vínculo conjugal, marcado por disputas envolvendo guarda dos filhos menores e direito a visitas, é possível que os filhos sejam vítimas de manipulação e de doutrinação de um dos genitores, que se aproveita da vulnerabilidade das crianças para se vingar do ex-cônjuge e distanciá-lo da convivência familiar com seus filhos. Valendo-se do fato de que normalmente as crianças são mais sugestionáveis, o genitor alienador pode até mesmo implantar falsas memórias de situações que jamais ocorreram, mediante falsas acusações de agressões físicas, psicológicas ou até mesmo sexuais.

Muito se estudou sobre a recente Lei 12.318/2010, com inúmeros artigos, dissertações e livros publicados a respeito. Entretanto, não existe na literatura nacional nenhuma análise jurisprudencial que sistematize a questão sobre como os tribunais brasileiros entendem a alienação parental.

Sendo assim, a presente pesquisa pretende eviden-

ciar como o tema é tratado no Brasil, por meio da análise das decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo (TJSP) e de Minas Gerais (TJMG) a respeito da alienação parental, visando investigar algumas particularidades em relação ao tema. Realizou-se um estudo demográfico e empírico das ações que envolvem o problema da alienação parental no intuito de entender o comportamento das partes nessas situações e de evidenciar como a lei tem sido aplicada. Cabe ressaltar que o acesso integral aos autos é restrito, uma vez que a implementação do processo judicial informatizado, prevista na Lei 11.419/2006, é ainda exígua. Desta forma, foram analisadas apenas decisões de segunda instância (e não a integralidade dos autos) cujos processos foram objeto de apelação ou de agravo de instrumento.

Buscou-se fazer uma sistematização da visão do judiciário e das partes no que concerne alguns aspectos fundamentais de uma ação que envolve a alienação parental, como: i) em quais tipos de ação é mais frequente o aparecimento de alegações a respeito da ocorrência de alienação parental; ii) a frequência com que há determinação de perícia multidisciplinar para investigar aspectos fundamentais à solução do problema; iii) o sexo que supostamente aliena mais; iv) a frequência com que cada ato alienatório aparece nas acusações; v) a frequência com que aparecem acusações de abuso sexual, bem como a frequência com que essas acusações são consideradas verdadeiras. Enfim, foram analisadas diversas questões a respeito do comportamento das partes e dos profissionais do direito envolvidos em situações em que, de alguma forma, há a presença da SAP, seja como uma acusação infundada de uma das partes contra a outra, seja como uma simples advertência do magistrado quanto à sua possível instalação, ou como uma prática efetivamente reconhecida.

2 Metodologia

Conforme já assinalado, foram analisadas decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo (TJSP) e de Minas Gerais (TJMG). A partir desse recorte, foi possível acessar o conteúdo de cem decisões, desde 2009 até 2014. Não foi encontrada nenhuma decisão anterior ao ano de 2009 em nenhum dos dois estados o que, de certa forma, prejudicou a intenção preliminar da

pesquisa – de que o corte temporal fosse a partir de 2003 (após a entrada em vigor do Código Civil de 2002), até o final de 2014, de modo a fazer uma análise comparativa da quantidade de ações antes e após a entrada em vigor da Lei da Alienação Parental, em 2010.

Visando uma otimização dos resultados da pesquisa, definiu-se que a melhor palavra-chave a ser buscada nos campos de pesquisa dos *websites* do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) seria “alienação parental”, com a ressalva de que o termo seria buscado apenas nas ementas das decisões. A razão para essa escolha foi que, além de resultar em um número satisfatório de decisões, buscar este termo apenas na ementa fez com que as decisões resultantes tratassem, na grande maioria das vezes, da alienação parental como assunto principal. Ademais, o termo “alienação parental” abarcaria também os resultados que se referissem a expressão “síndrome da alienação parental”.

É importante destacar que o acesso às informações processuais no Judiciário não é totalmente transparente, tendo em vista que não se sabe exatamente como se dá a metodologia de indexação e nem como são gerados os resultados da pesquisa pela Internet. Ao pesquisar páginas eletrônicas de Tribunais Superiores, observa-se que o número de decisões que aparecem nas pesquisas não contemplam a totalidade das decisões existentes e nem todas as decisões estão disponíveis na íntegra e, muitas vezes, as ferramentas de busca disponíveis não são precisas Veçoso (2014). Portanto, as decisões disponíveis ao público nos *websites* dos Tribunais Superiores consistem em uma *amostra* do total de casos decididos. Dessa forma, se considerarmos que o sistema de indexação dos Tribunais de São Paulo e de Minas Gerais é análogo ao dos Tribunais Superiores, possivelmente o número de decisões aqui analisadas deve ser menor do que o número real de ações propostas.

A etapa referente à triagem dos resultados obtidos nos *websites* do TJSP e do TJMG consistiu em selecionar apenas apelações e agravos de instrumento, tendo em vista que embargos de declaração, embargos infringentes ou quaisquer outros recursos e ações não possuíam informações de mérito suficientemente relevantes em relação às variáveis analisadas. Ade-

mais, os dados foram tratados e triados para evitar a possibilidade de análise de mais de um recurso de uma mesma ação.

Acrescenta-se que, por razões óbvias, foram desconsideradas ações protegidas por segredo de justiça, bem como as decisões que não julgavam o mérito. Mediante a análise do inteiro teor de cada uma das decisões, também foram eliminadas aquelas que não tratavam do tema “alienação parental”, mesmo que contivessem a palavra-chave de busca em sua ementa, ou seja, eliminou-se as decisões cujo mérito não estava de acordo com o assunto da presente pesquisa.

Nesta triagem foram eliminadas dezessete decisões. As razões para exclusão foram: (i) os recursos não eram de apelação ou de agravo, mas outros tipos de recursos como embargos de declaração, embargos infringentes e conflito de competência (quatro decisões); (ii) tratavam-se de decisões repetidas (cinco decisões); (iii) não houve análise do mérito (duas decisões); (iv) o mérito não estava de acordo com o assunto da presente pesquisa (seis decisões). Portanto, com a eliminação de 17 decisões, a amostra total de decisões para a pesquisa caiu de cem para oitenta e três resultados válidos.

Por fim, após a finalização da etapa de triagem dos acórdãos, passou-se para a definição das variáveis a serem analisadas. A composição de variáveis foi pensada de modo a obter a maior uniformidade dos resultados possível, levando em consideração que as ações envolvendo questões de direito de família, apesar de muitas vezes possuírem o mesmo pedido, como guarda dos filhos, regulamentação de visitas ou divórcio, por exemplo, possuem muitas particularidades que as singularizam e dificultam uma padronização. Além do fato de que as decisões são elaboradas por diferentes magistrados, que escrevem suas decisões da forma que entendem ser a mais adequada, dando relevância a aspectos que lhe parecem mais importantes e utilizando os elementos que acreditam ser mais pertinentes para justificar sua decisão. Dessa forma, aspectos encontrados em algumas decisões muitas vezes não aparecem em outras, como, por exemplo, a identificação do genitor que tem a guarda dos filhos ou se houve ou não participação de peritos para auxiliar na solução do

conflito. As variáveis definidas para a pesquisa foram:

3. Ano do julgamento
4. Estado
5. Tipo da ação
6. Houve auxílio de profissionais de fora do judiciário até o momento?
7. Sexo do suposto alienador
8. Sexo do genitor guardião
9. Atos alienatórios identificados.
10. Foi alegada alienação parental pelas partes?
11. A alienação parental foi identificada pelos magistrados na decisão?
12. Razões pelas quais entendeu-se pela não existência de alienação parental.
13. Se a alienação não foi identificada na decisão e não foi alegada pelas partes, em que sentido ela foi citada?
14. Houve alegações de abuso sexual?
15. Foi comprovada a existência de abuso sexual?

Algumas das variáveis elencadas foram trabalhadas mediante a combinação destas com outras, de maneira a enriquecer as informações. Por exemplo, ao combinarmos a variável *ano do julgamento* (variável 1) com a variável *estado* (variável 2), podemos calcular quantas ações foram julgadas por ano em cada um dos estados da pesquisa. Outro exemplo é a combinação da variável *sexo do suposto alienador* (variável 6) com a variável *a alienação parental foi identificada pelos magistrados na decisão?* (Variável 9), em que se pode fazer um comparativo entre o sexo do suposto alienador e a veracidade das alegações.

3 Análise jurisprudencial e discussão

Conforme evidenciado no tópico referente à metodologia da pesquisa, foram analisados cem acórdãos, referentes aos estados de São Paulo e Minas Gerais, dos quais oitenta e três foram considerados válidos para a análise das treze variáveis escolhidas para compor os resultados desta pesquisa.

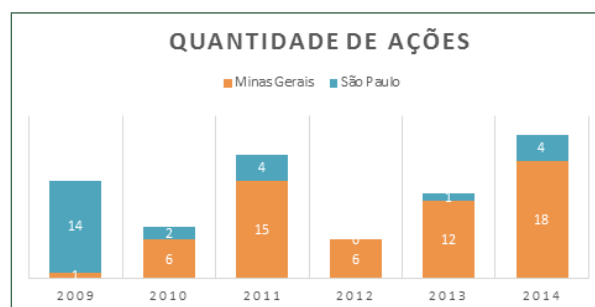
3.1 Quantidade de ações por ano e por estado

Mediante análise dos resultados válidos, foi possível estabelecer a quantidade de ações em que o termo “alienação parental” foi citado de alguma forma, seja

como acusação de uma das partes contra a outra, como prática identificada pelo juiz, ou como mera advertência acerca de suas consequências. Mediante essa apuração, contabilizou-se a quantidade de decisões proferidas por ano em cada um dos dois estados pesquisados.

Como mencionado anteriormente, na etapa referente à metodologia, a intenção inicial era de que o corte temporal da amostra fosse a partir do ano de 2003, até o ano de 2014. Entretanto, em ambos os estados, foram encontrados resultados apenas a partir do ano de 2009. Uma possível razão para isso pode ser a limitação dos tribunais em oferecer a totalidade dos resultados jurisprudenciais. Outra possível explicação reside no fato de que o termo “alienação parental” é relativamente novo, tendo que vista que foi proposto por Gardner em meados da década de 80 e, no Brasil, a prática somente adquiriu destaque em 2010, com a promulgação da Lei 12.318.

Gráfico 1. Quantidade de casos envolvendo alienação parental por ano e por estado



Fonte: Dados da pesquisa

Por meio da análise do gráfico, pode-se concluir que a maioria das decisões são provenientes do estado de Minas Gerais, com exceção do ano de 2009.

3.2 Tipo da ação

É certo que a prática da alienação parental é identificada, principalmente, em contextos de conflitos familiares. Nesse sentido, é muito comum a alienação parental ter início após o estabelecimento da guarda e do regime de visitas, momento em que o genitor guardião passa a dificultar o exercício regulamentado da convivência familiar da criança com o genitor alienado (Oliveira, 2012).

O *caput* do art. 4º, da Lei 12.318/2010, prescreve que o juiz pode declarar a existência de atos de alienação parental e determinar as medidas cabíveis em qualquer momento processual, em qualquer ação e grau de jurisdição, a requerimento das partes ou de ofício, em uma demanda autônoma ou incidental. Portanto, presente algum indício de alienação parental, o genitor alienado não precisa, necessariamente, ingressar com uma ação específica de alienação parental, podendo se utilizar de um processo em andamento – caso haja algum – que pode ser relativo a uma ação de divórcio, de alimentos, de guarda de filhos, de regulamentação de visitas, de reconhecimento e dissolução de união estável, ou até mesmo medida cautelar de busca e apreensão de menor. Nesse mesmo processo, caso o magistrado não tenha agido de ofício, diante de indícios alienatórios, podem, a parte interessada ou o representante do Ministério Público, denunciar os atos de alienação parental (Madaleno, 2013).

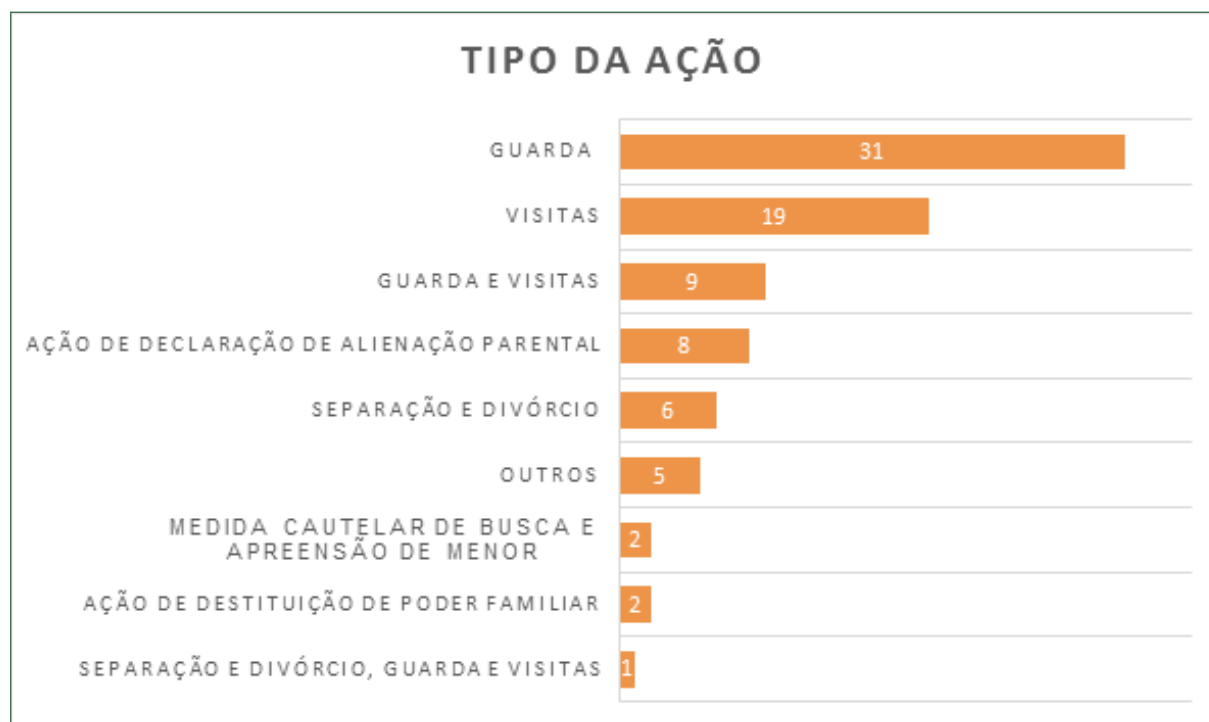
O gráfico, a seguir, mostra em quais tipos de ação as práticas de alienação parental aparecem com mais frequência (como acusações feitas pelas partes ou identificadas de ofício pelo juiz). Os tipos de ação possíveis foram elencados em nove categorias:

i) guarda; ii) visitas; iii) guarda e visitas; iv) ação de declaração de alienação parental; v) separação e divórcio; vi) medida cautelar de busca e apreensão de menor; vii) ação de destituição do poder familiar; viii), separação e divórcio, guarda e visitas; ix) outros.

Os resultados obtidos corroboram o entendimento da doutrina, tendo em vista que as ações envolvendo guarda e/ou visitas são aquelas em que mais se encontram discussões acerca de condutas alienatórias. De oitenta e três decisões analisadas, sessenta eram provenientes de ações envolvendo algum aspecto referente à guarda e/ou visitas, compreendendo as seguintes categorias: guarda e visitas; somente visitas; ou dissolução da sociedade conjugal cumulada com estabelecimento de guarda e regime de visitas. Portanto, cerca de 72% do total de decisões analisadas são provenientes de ações que discutem o estabelecimento, a destituição ou a modificação de guarda dos filhos e/ou a regulamentação, a suspensão ou a modificação visitas.

Cerca de 10% do total de decisões correspondem a ações específicas visando a declaração de alienação parental. Também foram identificadas discussões

Gráfico 2. Frequência com que aparece o termo “alienação parental” em cada tipo de ação.



Fonte: Dados da pesquisa

acerca da alienação parental em ações de destituição do poder familiar, medidas cautelares de busca e apreensão de menor e ações envolvendo separação e divórcio. O restante, classificado no gráfico como “Outros”, corresponde à cerca de 6% do total de decisões e envolve: ação de indenização por danos morais, ação de reconhecimento e dissolução de união estável, medida protetiva intentada pelo Ministério Público, procedimento de averiguação de paternidade e exceção de incompetência.

De qualquer forma, caso sejam identificados indícios de prática de alienação parental, a demanda, seja ela incidental ou autônoma, deve ter tramitação prioritária, devendo o juiz determinar as medidas provisórias cabíveis, com o objetivo de preservar a convivência familiar e a integridade psicológica da criança ou adolescente.

3.3 Perícia multidisciplinar

As ações que versam sobre direito de família, na maioria das vezes, necessitam da realização de perícias multidisciplinares para averiguar aspectos biopsicossociais determinantes para o deslinde do processo. No caso de uma situação que envolve alienação parental, a perícia tem a função de determinar a sua existência. Tal perícia exige não só a atuação de psicólogos, mas também de outros profissionais, como assistentes sociais ou médicos (Freitas, 2014).

Conforme se extrai do art. 5º, da Lei 12.318/2010, a perícia multidisciplinar deve ser a mais ampla e minuciosa possível, envolvendo alguns requisitos mínimos para a confiabilidade do laudo, como: entrevista pessoal com as partes (isoladamente e em conjunto), exame de documentos trazidos aos autos, análise do histórico de relacionamento das partes em litígio e da personalidade dos envolvidos e, principalmente, exame da criança ou adolescente e da forma como se manifestam em relação aos genitores. O propósito da perícia é verificar a ocorrência de atos alienatórios e seu estágio de desenvolvimento.

Em consonância com o §2º, do art. 5º, da referida lei, é fundamental que o perito tenha conhecimento a respeito da alienação parental e de seus efeitos para o desenvolvimento afetivo e social da criança ou adolescente para que seja possível a realização do diagnóstico diferencial, evitando avaliações com

base em impressões superficiais e estereotipadas. O psicólogo deve ter aptidão para notar qualquer tipo de manipulação ou influência exercida pelo alienador sobre a criança, bem como identificar se os relatos são realmente autênticos e ser capaz de perceber qual é o ambiente mais favorável e sadio para o desenvolvimento da criança. E se não for um caso de alienação, o perito deve ter meios suficientes para fundamentar sua conclusão (Silva, 2011).

A necessidade da perícia, no entanto, não deve ser considerada sempre como absoluta, sob pena de incorrer em verdadeiro retrocesso. Pode haver casos evidentes de alienação parental e abuso. A deliberada obstaculização de visitas regulamentadas, por exemplo, enseja imediata intervenção judicial (Perez, 2013). Por outro lado, tendo em vista a seriedade da situação, se mostra indispensável a colheita de provas periciais multidisciplinares em relação a todos os envolvidos, para que o juiz possa ter elementos suficientes para caracterizar a existência da alienação parental (Figueiredo & Alexandridis, 2014).

Importante salientar a existência de aspectos positivos e negativos da participação de profissionais multidisciplinares nos casos envolvendo disputas de guarda e visitas que envolvam alegações de alienação parental. Deirdre Conway Rand (1997), busca fazer uma contraposição entre eles:

Especialistas em saúde mental podem se envolver em disputas pela guarda ou visitação desempenhando uma variedade de papéis: como avaliadores, terapeutas, advogados, mediadores, gestores, educadores e/ou consultores para os pais ou seus advogados. Profissionais da saúde mental podem ajudar a identificar as necessidades da criança, avaliando os pontos fortes e fracos dos pais, modificando a dinâmica específica do conflito parental e aconselhando os tribunais. (...). Por outro lado, os serviços de saúde mental podem ser demorados e ineficazes em casos de alto conflito. Na verdade, algumas vezes podem causar danos às partes e às relações familiares. (p. 14)

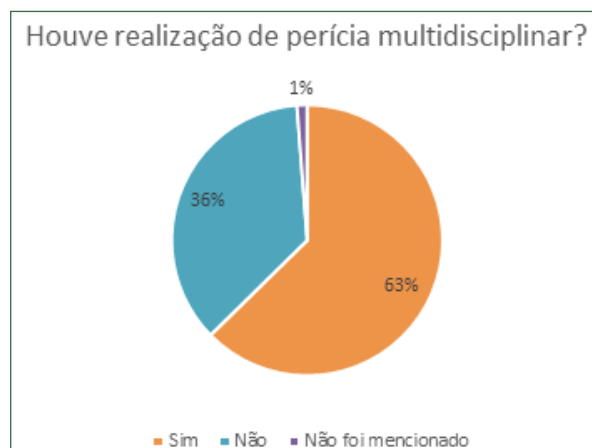
Terapeutas infantis podem, por exemplo, reforçar o sentimento de raiva e culpa de uma criança contra um dos pais. Isso ocorre quando a própria visão do terapeuta em relação ao pai alienado é negativa, ou

seja, a opinião do terapeuta pode influenciar negativamente a criança, fortalecendo a alienação parental. Assim, quando há alegações de abuso, é possível que qualquer um que esteja numa posição de autoridade, como terapeutas, policiais, médicos, assistentes sociais, corrobore as alegações, ao invés de conduzir uma investigação objetiva, pois pode assumir antecipadamente que o abuso realmente ocorreu. Portanto, a sugestibilidade da memória pode ser um fator prejudicial ao sucesso da perícia multidisciplinar, tendo em vista que muitas vezes, o próprio avaliador é involuntariamente responsável por criar falsas memórias (Rand, 1997).

O gráfico a seguir expõe dados a respeito da realização de perícia multidisciplinar nos casos envolvendo alienação parental. Cabe ressaltar que foi analisada a frequência com que houve realização de perícia, conforme o momento específico em que se encontrava o processo. Também foram analisadas decisões em que o juiz determinou a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, mas que, até aquele momento processual, ela ainda não havia sido realizada. Estas últimas foram colocadas dentre as 30 decisões em que não houve realização de perícia multidisciplinar.

Mediante a análise do gráfico, é possível perceber que na maioria das decisões analisadas (cerca de 63%) há a realização de perícia multidisciplinar e em apenas 36% do total de decisões analisadas não houve a realização de perícia, pelo menos até o momento processual em que se encontravam.

Gráfico 3. Frequência da realização de perícia multidisciplinar



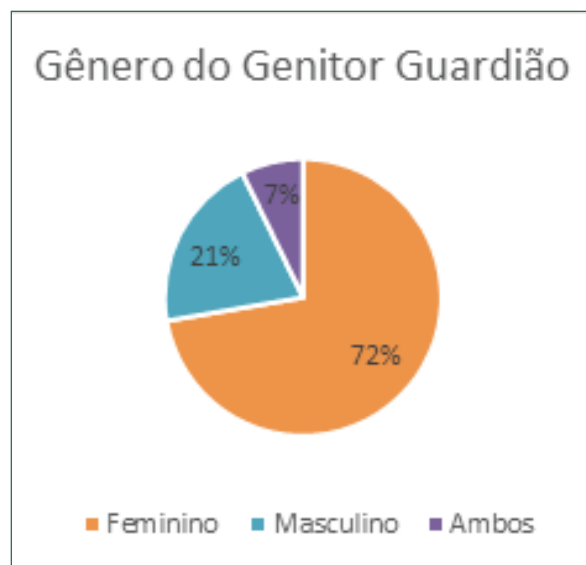
Fonte: Dados da pesquisa

3.4 Sexo

O gráfico adiante reflete o sexo predominante do suposto alienador nas acusações de alienação parental. Percebe-se que em 66% do total de casos analisados, o suposto alienador é do sexo feminino. Tal resultado apesar de fazer referência principalmente às mães, também verificaram menção a avós, madrastas e até mesmo tias como supostas alienadoras. Em contrapartida, apenas 17% dos casos têm como suposto alienador uma pessoa do sexo masculino.

Em 11% dos casos ambos os sexos são acusados de serem os supostos alienadores. Isso ocorre porque a troca de acusações envolvendo a prática de atos alienatórios é comum entre os genitores ou responsáveis pela criança ou adolescente. Ademais, em 6% dos casos não foi possível identificar o sexo do suposto alienador por falta de informações suficientes disponíveis na decisão.

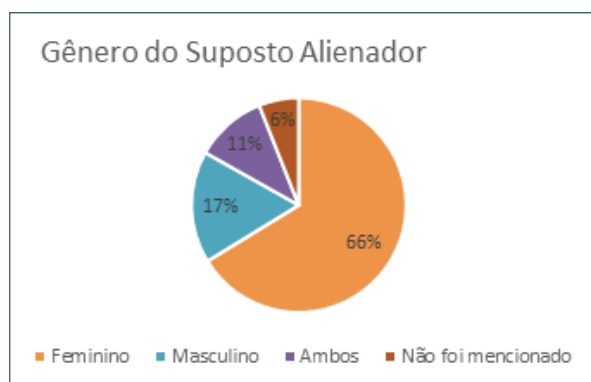
Gráfico 4. Sexo do suposto alienador



Fonte: Dados da pesquisa

Quanto ao sexo do genitor guardião, retratado no gráfico a seguir, tem-se que em 72% dos casos analisados o detentor da guarda dos filhos é do sexo feminino e em 21% dos casos o guardião é do sexo masculino. Apenas em 7% dos casos a guarda era exercida por guardiães de ambos os sexos. Tais casos correspondem às hipóteses em que a guarda é exercida pelos avós, por pais socioafetivos ou mesmo pelos próprios pais biológicos, em casos de guarda compartilhada.

Gráfico 5. Sexo do genitor guardião



Fonte: Dados da pesquisa

A partir destes resultados pode-se inferir que, na maior parte das vezes, o guardião da criança é quem pratica os atos alienatórios, ou seja, aquele que tem a clara obrigação de tomar as medidas necessárias para garantir o contato familiar da criança com o genitor não-guardião é justamente aquele que pratica a alienação parental.

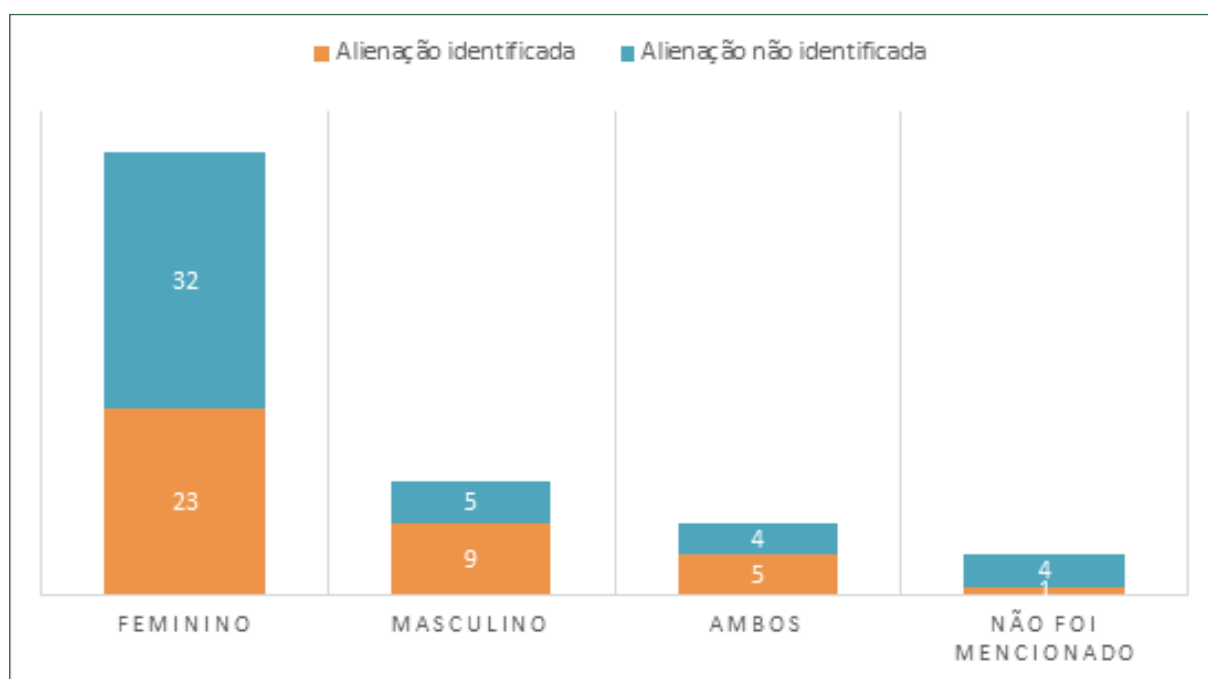
O direito de visitas decorre da modalidade de guarda unilateral em que um dos genitores é o guardião e ao outro cabe o direito de visitas. Sendo assim, o genitor guardião conserva a titularidade dos direitos e deveres que já lhe pertenciam quando compartilhava a

guarda simultaneamente com o outro genitor, entretanto, possui o encargo complementar de assegurar o direito dos filhos à convivência familiar com o genitor não guardião. Além disso, o guardião está sujeito ao direito - e dever - de supervisão a ser exercido pelo genitor não guardião, a fim de fiscalizar o cumprimento de todos os cuidados que a guarda impõe, como o de conduzir a educação dos filhos, assegurar-lhes segurança e garantir-lhes proteção à saúde (Oliveira, 2012).

O gráfico a seguir representa um comparativo entre o sexo do suposto alienador e a veracidade das alegações - judicialmente reconhecida. Tem-se que, dos oitenta e três casos analisados, cinquenta e cinco tinham como suposto alienador pessoas do sexo feminino. Destes cinquenta e cinco casos, em apenas vinte e três houve a identificação da prática de alienação parental na decisão judicial, contra trinta e dois casos em que ela não foi identificada pelo magistrado. Por outro lado, somente quatorze casos, de todos os analisados, tinham pessoas do sexo masculino como suposto alienador e, destes quatorze, foi identificada a presença de alienação parental em apenas nove.

Conclui-se pela amostra, que, em números absolutos, pessoas do sexo feminino alienaram mais. Proporcionalmente, entretanto, a alienação parental foi

Gráfico 6. Comparativo entre o sexo do suposto alienador e a veracidade das alegações



Fonte: Dados da pesquisa

mais identificada nos homens – 64% das acusações foram procedentes contra homens, ao passo que apenas 42% foram identificadas contra mulheres. Homens também fizeram mais acusações infundadas (58%) do que as mulheres (36%).

3.5 Atos alienatórios

O gráfico abaixo retrata os atos alienatórios alega-

dos pelas partes nos casos analisados. Buscou-se uniformizar as alegações em categorias, segundo o parágrafo único, do art. 2º, da Lei 12.318/2010, que elenca, de forma exemplificativa, as condutas praticadas por genitores, avós ou por quem tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que são consideradas atos de alienação parental.

Gráfico 7. Atos alienatórios alegados pelas partes



Fonte: Dados da pesquisa

Destaca-se que também é caracterizadora de alienação parental a mera conduta que prejudique o vínculo familiar da criança com o genitor, não importando se produziu efeitos ou não. O legislador culpabilizou a conduta do genitor que visa a obstrução da convivência familiar, bem como o resultado alcançado por esta obstrução, ainda que não tenha havido a clara intenção de efetivá-la (Oliveira, 2012).

Para contabilizar os atos alienatórios, enumerou-se cada um deles, chegando a um total de cento e trinta e uma alegações de atos alienatórios nos oitenta e três casos analisados pela pesquisa. Em seguida, agrupou-se os semelhantes em sete categorias diferentes, buscando uma certa conformidade com os exemplos de atos alienatórios previstos nos incisos do parágrafo único, do art. 2º, da Lei 12.318/2010. As

categorias utilizadas são:

1. Campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
2. Dificultação do exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
3. Falsa denúncia de abuso (sexual, físico ou moral) contra genitor para obstar ou dificultar a convivência com a criança ou adolescente;
4. Interferência na formação psicológica da criança promovida ou induzida pelo genitor causando prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com o outro genitor;
5. Mudança para domicílio distante ou sucessivas mudanças de domicílio, sem justificativa, visando a dificultar a convivência familiar da criança com o outro genitor e sua família;
6. Negativa materna em informar a qualificação do pai da criança, dificultando contato da criança ou adolescente com genitor; e
7. Omissão deliberada de informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.

Conforme se depreende da interpretação do gráfico, o ato alienatório de maior incidência é a *dificultação do exercício do direito regulamentado de convivência familiar*, que corresponde à 40% do total de atos alienatórios alegados.

É importante ressaltar que a distinção feita pela lei nos incisos II, III e IV, do parágrafo único, do art. 2º, entre as condutas de dificultar o exercício da autoridade parental, dificultar contato de criança ou adolescente com genitor e, por fim, de dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, não é respeitada pela jurisprudência, que não utiliza rigorosamente essa categorização, tendo em vista que na prática todos se referem à obstaculização do contato familiar da criança com o outro genitor. Para esta pesquisa, portanto, incluiu-se todo e qualquer tipo de restrição à convivência familiar com o genitor e sua família, na categoria do inciso IV – *dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar*.

Sendo assim, pode-se afirmar que são frequentes as práticas diretas que visam a obstrução do contato entre pais e filhos, visando prejudicar a convivência

familiar. É direito da criança não ter sua convivência familiar cerceada pelos pais com atitudes que claramente obstaculizam a comunicação e o convívio, como a criação de outros compromissos importantes para o período da visita, a proibição de responder mensagens eletrônicas, de fazer ou receber ligações telefônicas, enfim, qualquer atitude que vise prejudicar o direito regulamentado de convivência da criança com seus genitores e demais familiares.

Ao contrário de alguns autores (p. ex. Madaleno & Madaleno, 2013) que afirmam que o ato de desqualificação pessoal da conduta do genitor, que se encontra no exercício efetivo do poder familiar, está entre aqueles de menor incidência processual, a presente pesquisa jurisprudencial comprova que o próximo ato alienatório de maior incidência foi a campanha de desqualificação do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, que corresponde a 22% do total de atos alienatórios alegados pelas partes nos casos analisados.

Em relação a este ato alienatório, buscou-se incluir qualquer tipo de difamação que desqualifique a pessoa dos genitores e não somente aqueles referentes exclusivamente às habilidades como pai ou mãe. Para exemplificar, é comum o aparecimento de acusações dizendo que a pessoa é psicologicamente desequilibrada, que tem uma vida pessoal desregrada, que se envolve com muitos parceiros ou parceiras, que abusa de drogas ou bebidas alcoólicas, que tem o temperamento agressivo, que leva um estilo de vida incompatível com o melhor interesse dos filhos, enfim, todo o tipo de acusações visando denegrir a imagem do pai ou da mãe para demonstrar sua inaptidão para o exercício da parentalidade.

O próprio Richard Gardner (1998) definiu a campanha de difamação como um dos principais sintomas de manifestações primárias observáveis nas crianças vítimas da SAP. A alienação parental é caracterizada por uma espécie de doutrinação da criança, que visa inserir uma imagem negativa do genitor, por meio de ofensas e críticas injustificadas, que são repetidas para a criança até que ela passe a contribuir por sua própria vontade, de forma irracional e desproporcional, já que ela incorpora as críticas e denúncias como se fossem suas, acreditando verdadeiramente nelas,

o que faz com que a alienação parental seja tão difícil de ser identificada pelas autoridades judiciais (Oliveira, 2012).

Entretanto, é importante ressaltar que não é qualquer tipo de conduta de um genitor contra o outro que caracteriza a alienação parental, ou seja, não é qualquer comentário negativo feito em relação ao outro genitor, em um momento de raiva ou mágoa, que será considerado como uma campanha de difamação capaz de interferir na formação psicológica da criança ou adolescente de forma permanente (Lôbo, 2014).

O terceiro ato alienatório de maior incidência, e o mais grave deles, é a *falsa denúncia de abuso (sexual, físico ou moral) contra genitor para obstar ou dificultar a convivência com a criança ou adolescente*. Cerca de 18% do total de atos alienatórios alegados pelas partes na pesquisa são referentes a falsas denúncias de algum tipo de abuso. Do total de cento e trinta e um atos alienatórios analisados, vinte e quatro deles envolviam acusações de abuso sexual, físico ou moral, contra a outra parte. Dessas vinte e quatro alegações de abuso, quatorze delas continham a imputação de violência sexual, sem prejuízo da cumulação com outras formas de violência. Tais resultados evidenciam que as falsas acusações de abuso não são tão raras como se imagina.

Diante de uma acusação de abuso contra o genitor não guardião, o juiz pode, caso haja indícios incontroversos da veracidade das acusações, determinar a suspensão das visitas ou determinar que a visitação seja supervisionada por profissionais, como assistente social e psicólogos, mediante a apresentação de relatórios mensais ao juízo.

3 A falsa denúncia de abuso sexual e a implantação de falsas memórias nos filhos são efeitos distintos da síndrome da alienação parental. As falsas memórias constroem uma realidade inexistente para a criança, e configuram uma forma de abuso psicológico, que afeta o desenvolvimento da criança e seu relacionamento com o genitor alienado. As falsas denúncias também configuram uma espécie de abuso emocional e psicológico, em que os filhos são manipulados e expostos a uma mentira. Pode ser que quando o genitor alienador acusa - falsamente - o outro genitor de abusar de seus filhos em um processo judicial, existe a possibilidade haver, também, a implantação de falsas memórias nas crianças, configurando duas práticas diferentes decorrentes da alienação parental. (Guazelli, 2013, p. 195)

A demora em averiguar a veracidade das acusações de abuso pode trazer consequências nefastas, tanto nos casos em que ela é confirmada, como naqueles em que é rejeitada. Se, de fato, o abuso ocorreu, a ausência de providências para afastar o genitor abusador da convivência com a criança abusada e de tratamento psicológico adequado para o menor pode causar danos permanentes e de difícil avaliação. Da mesma forma, se mostram especialmente danosas as hipóteses em que o abuso não ocorreu e o direito à convivência familiar foi cautelarmente suspenso por um longo tempo para investigação das alegações. Nessa hipótese, é certo que o relacionamento afetivo entre o genitor afastado e o menor sofrerá um “trauma”, que é exatamente o objetivo da conduta alienadora (Oliveira, 2012).

Em seguida, a pesquisa evidenciou que a *interferência na formação psicológica da criança promovida ou induzida pelo genitor causando prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com o outro genitor* apareceu em 9% dos atos alienatórios catalogados. Nesta categoria incluiu-se qualquer tipo de influência ou interferência que objetivasse criar dependência psicológica da criança em relação ao alienador, visando romper os laços familiares com o alienado, como chantagens emocionais, por exemplo.

Também, com incidência em 9% do total de atos alienatórios relacionados, encontra-se a *mudança para domicílio distante ou sucessivas mudanças de domicílio, sem justificativa, visando dificultar a convivência familiar da criança com o outro genitor e sua família*, que se trata de outra conduta clássica do genitor alienador. A mudança para domicílio distante, de difícil acesso ao outro genitor e, até mesmo, as constantes mudanças de domicílio, devem - sempre que possível - ser evitadas, salvo em casos de comprovada necessidade (como uma transferência em razão do trabalho, por exemplo) sempre respeitando o melhor interesse da criança ou adolescente.

Além de se tratar de uma estratégia para dificultar ou, até mesmo, inviabilizar a convivência do genitor não guardião e seus familiares, as injustificadas e constantes mudanças ou a mudança para domicílio distante, sem motivo aparente, também servem para retardar ainda mais o processo judicial de uma possí-

vel ação de guarda ou regulamentação de visitas, por exemplo. As sucessivas redistribuições do processo para as comarcas onde a criança passa a ter domicílio atrasa a solução da lide, na medida em que a cada transferência processual um novo juiz e um novo promotor devem tomar conhecimento dos fatos ocorridos a fim de tomar as medidas pertinentes.

Com base nisso, o art. 8º, da Lei da Alienação Parental, prevê a seguinte determinação: “A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial”.

A intenção do legislador foi a de determinar que, para fins de determinação da competência para julgar ações fundadas em direito de convivência familiar, a alteração injustificada de domicílio do menor não deve ser levada em consideração, exceto se decorrer de acordo entre as partes ou de decisão judicial.

Em se tratando de ação incidental, a competência para julgar é do próprio juízo em que tramita a ação principal. Entretanto, em se tratando de ação autônoma, o foro competente para julgar será o do último domicílio do menor, antes da mudança, para que o genitor alienador não se beneficie da regra processual (Súmula 383 do STJ) que determina que a competência para processar e julgar as ações conexas que têm por objeto questões referentes ao menor de idade é, em princípio, do foro do domicílio de quem detém a guarda, nos termos do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Oliveira, 2012).

Por fim, ambos com incidência de 1%, estão os atos alienatórios classificados como *negativa materna em informar a qualificação do pai da criança, dificultando contato da criança ou adolescente com genitor e omissão deliberada de informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço*.

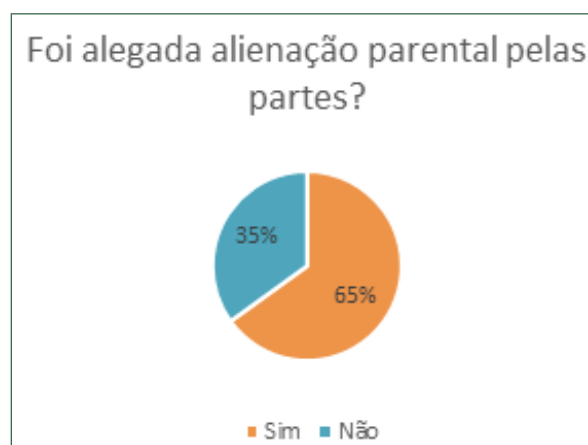
É cediço que a prática da alienação parental tem como finalidade excluir o genitor alienado da convivência familiar com os filhos. Dessa forma, também é possível que sejam vítimas da alienação parental aqueles

genitores que nem sequer sabem da existência do filho, porque foram privados de tal conhecimento. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao determinar que a recusa materna em revelar a qualificação do pai da criança pode caracterizar uma forma de alienação parental, na medida em que o art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei da Alienação Parental, determina que uma das formas exemplificativas de alienação parental se consubstancia no ato de dificultar o contato da criança ou adolescente com o genitor. Portanto, ao sopesar a preservação da intimidade da mãe e o direito inalienável do filho em saber quem é seu pai biológico, o tribunal entendeu que este deve prevalecer, sob o fundamento do princípio do melhor interesse da criança.⁴

Além disso, também funciona como uma forma de afastar o genitor alienado da convivência familiar a omissão intencional de dados escolares, médicos, residenciais, ou qualquer outra informação relevante sobre os filhos, fazendo com que possam existir situações em que o genitor não guardião desconheça o paradeiro do filho, por exemplo, já que não foi informado de uma eventual alteração de endereço, como o inciso V, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei da Alienação Parental prevê.

3.6 Foi alegada alienação parental pelas partes?

Gráfico 8. Frequência com que as partes alegam a existência de alienação parental



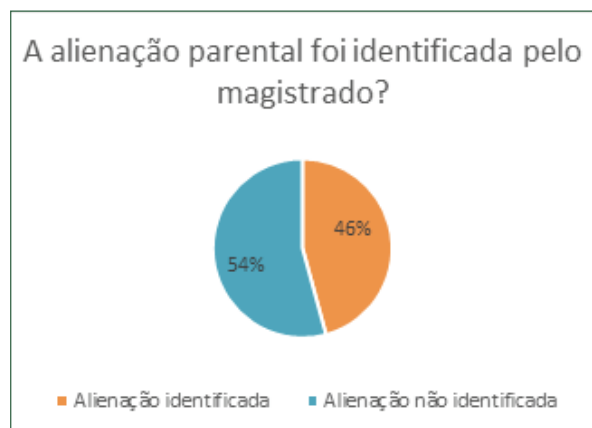
Fonte: Dados da pesquisa

4 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0188.12.008409-3/001. Relator: Des. Alyrio Ramos. Minas Gerais. Nova Lima, julgado em: 3 de julho 2014.

O gráfico acima reflete a frequência com que as partes alegam a ocorrência de alienação parental. Nota-se que em 65% dos casos analisados, a tese da alienação parental foi levantada por alguma das partes ou por ambas. Em contrapartida, em 35% dos casos as partes não pleitearam o reconhecimento da prática da alienação parental, sendo assim, é certo que ela foi mencionada de alguma outra forma, ou o próprio juiz reconheceu sua existência na situação em questão ou ela é citada em algum outro sentido, por exemplo, como uma mera advertência dirigida às partes em relação à sua possível instalação.

3.7 A alienação parental foi identificada pelos magistrados na decisão?

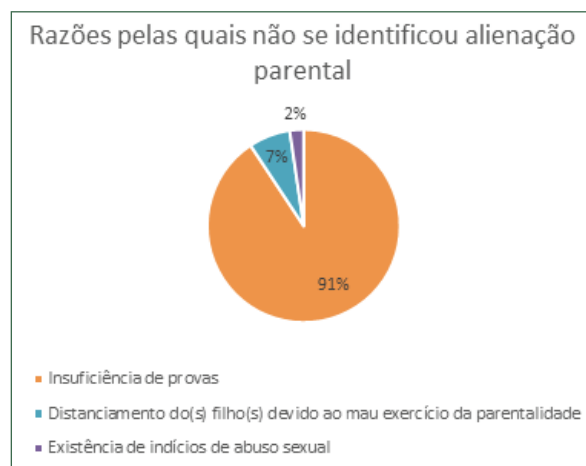
Gráfico 9. Frequência com que a alienação parental é identificada pelo magistrado



Fonte: Dados da pesquisa

Do total de oitenta e três casos analisados na presente pesquisa, houve a identificação da prática de alienação parental em trinta e oito decisões judiciais, o que resulta num percentual de 46%. Por outro lado, em 54% das decisões analisadas (quarenta e cinco casos), a existência de práticas alienatórias não foi identificada pelos magistrados. As razões apresentadas pelos magistrados para a não identificação da presença de alienação parental em determinados casos foram catalogadas em três categorias: insuficiência de provas; distanciamento do (s) filho (s) devido ao mau exercício da parentalidade; e existência de indícios de abuso sexual.

Gráfico 10. Razões pelas quais os magistrados não identificaram a existência de alienação parental

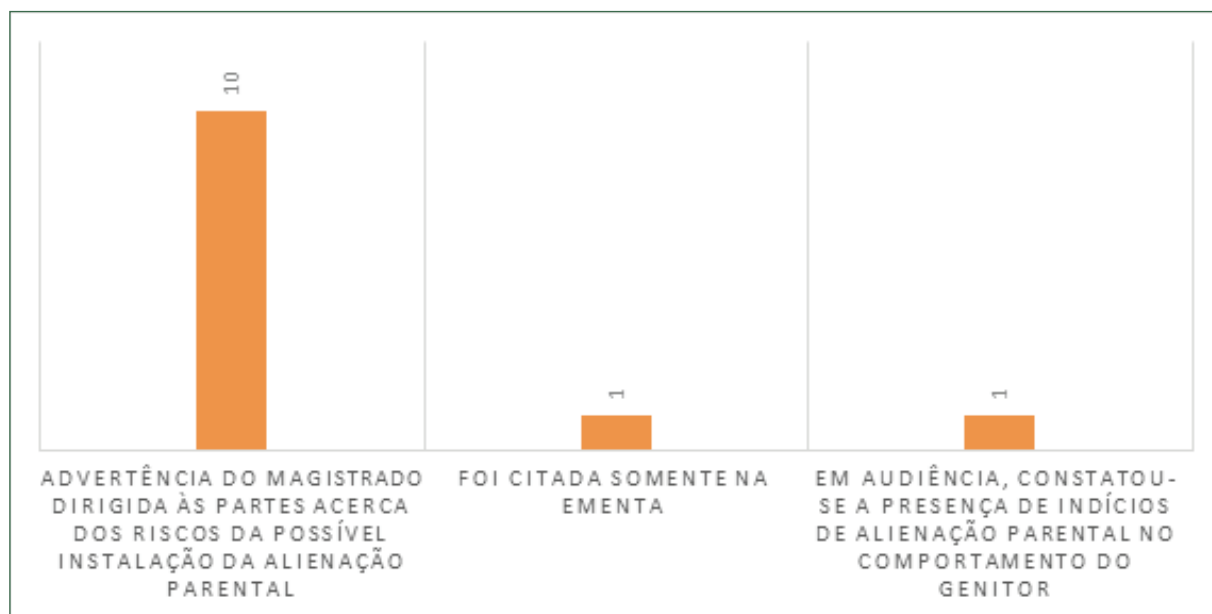


Fonte: Dados da pesquisa

Conforme a interpretação do gráfico acima, na grande maioria dos casos (91%), a alienação parental não foi identificada devido à insuficiência de provas que comprovassem cabalmente o alegado pelas partes. Isso ocorre, em grande medida, porque a alienação parental geralmente é alegada incidentalmente em uma ação principal que versa sobre outras questões, como guarda dos filhos, divórcio ou regime de visitas, por exemplo. Dessa maneira, é comum que a fase probatória esteja em andamento ou ainda não tenha se iniciado, de forma que naquele determinado momento em que o processo se encontra o magistrado ainda não formou seu convencimento a respeito da existência dos atos alienatórios.

No entanto, o magistrado pode entender que não há a ocorrência de alienação parental porque a prova trazida aos autos demonstra que os filhos, por sua própria vontade, rejeitam a convivência familiar com um dos genitores porque este não desempenha adequadamente suas funções parentais, ou seja, exerce a parentalidade de forma prejudicial ao melhor interesse dos filhos. Exemplo disso é o daquele genitor que se mostra insensível, agressivo, indiferente, grosseiro, abusivo, enfim, qualquer comportamento negativo e reiterado que cause o repúdio justificado dos filhos. Dentre as decisões analisadas, em 7% delas os magistrados identificaram que não cabia a tese de alienação parental, tendo em vista que restou comprovado que os filhos se distanciaram do genitor

Gráfico 11. Sentido em que a alienação parental foi citada no caso



Fonte: Dados da pesquisa

- supostamente alienado - devido ao mau desempenho de seus papéis parentais.

Por fim, em apenas 2% das decisões analisadas, a razão pela qual o magistrado não identificou alienação parental foi porque, naquele determinado momento processual, havia indícios da efetiva ocorrência de abuso sexual, ou seja, conforme demonstravam os fatos e as provas juntadas até o momento, não parecia se tratar apenas de uma alegação infundada com a intenção de alienar um dos genitores, parecendo haver verossimilhança nas acusações feitas, o que justificaria o afastamento do genitor acusado da convivência familiar até o deslinde da questão.

3.8 Se a alienação parental não foi identificada pelos magistrados e não foi alegada pelas partes, em que sentido ela foi citada?

Do total de oitenta e três resultados analisados, em doze a alienação parental não foi alegada pelas partes litigantes e nem foi identificada pelos magistrados em suas decisões. Sendo assim, apareceram de três formas distintas nos casos pesquisados: como uma advertência do juiz às partes; como uma simples citação na ementa; e como uma constatação em audiência da presença de indícios de alienação parental.

Todas as dez decisões⁵ em que a alienação parental aparece como uma *advertência do magistrado dirigida às partes acerca dos riscos da possível instalação da alienação parental*, foram de relatoria do mesmo magistrado, o Desembargador Caetano Lagrasta, da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Além disso, nove delas foram proferidas em 2009, antes da entrada em vigor da Lei da Alienação Parental, em 2010. Apenas uma decisão foi proferida em 2011.

A única decisão em que a alienação parental *foi citada somente na ementa* também foi proferida em 2009, antes da entrada em vigor da Lei da Alienação Parental, pelo Desembargador Percival Nogueira, da 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Nesse caso, o magistrado não identificou a existência da alienação parental, por entender que o distanciamento do filho em relação ao pai era justificado pelo mau exercício da parentalidade, já que o pai não conseguia controlar sua agressividade, o que causava a rejeição do filho. No caso em questão, não foi esclarecido se a tese da alienação pa-

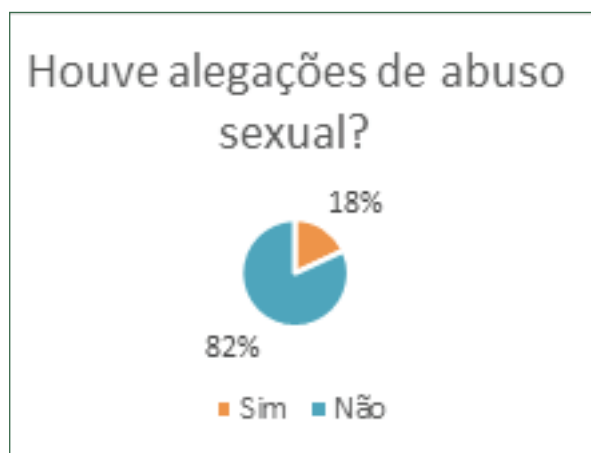
⁵ Agravo de Instrumento nº 0516448-45.2010.8.26.0000; Agravo de Instrumento nº 668.879-4/7-00; Apelação Cível nº 649.634-4/0-00; Agravo de Instrumento nº 629.013-4/0-00; Agravo de Instrumento nº 630.114-4/4-00; Agravo de Instrumento nº 601.840-4/0-00; Apelação Cível nº 638.698-4/6-00; Apelação Cível nº 641.103-4/0-00; Apelação Cível nº 552.650-4/1-00; Apelação Cível nº 552.528-4/5-00.

rental foi levantada por alguma das partes.⁶

Assim como na situação anterior, em apenas uma decisão a alienação parental não foi alegada pelas partes, bem como não restou configurada no caso, mas foi *constatada a existência de indícios de alienação parental no comportamento do genitor em audiência* de justificação, em que foram vislumbradas pela Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, da 1ª Câmara Cível do TJMG, dificuldades criadas pelo genitor quando há um possível acordo, bem como configuraram-se atos próximos aos alienatórios, embora não tenham sido suficientes para caracterizar a existência efetiva da alienação parental naquele momento processual.⁷

3.9 Alegações de abuso sexual

Gráfico 12. Frequência com que há alegações de abuso sexual



Fonte: Dados da pesquisa

É certo que o exemplo mais grave de ato alienatório é a falsa acusação de abuso sexual contra um dos genitores. Conforme a análise do gráfico acima, tem-se que em 82% dos casos analisados, as partes não fizeram acusações de abuso sexual infantil. Ou seja, do total de oitenta e três casos analisados, sessenta e três não apresentam denúncias de abuso sexual como possíveis estratégias de alienação parental. Em

6 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 676.099-4/0-00. Relator: Des. Percival Nogueira. São Paulo, julgado em: 5 de novembro de 2009.

7 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0702.13.060455-7/001. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais. Uberlândia, julgado em: 22 de julho 2014.

contrapartida, em quinze casos (18%) houve alegações de abuso sexual infantil, mas por meio da análise do gráfico abaixo, infere-se que nenhuma delas foi cabalmente comprovada. Destes quinze casos, em apenas três (4%), comprovou-se a existência de indícios de abuso sexual, ou seja, no momento processual em que a demanda se encontrava, não havia provas suficientes da ocorrência de abuso, apenas indícios de sua possível ocorrência. A grande maioria das acusações não foi comprovada (96%).

Gráfico 13. Frequência com que as alegações de abuso sexual são comprovadas na decisão



Fonte: Dados da pesquisa

4 Conclusão

A (síndrome da) alienação parental é um tema controverso e extremamente delicado. Diante da pesquisa empírica realizada nota-se que, na maioria das vezes, os profissionais do direito têm lidado com a questão de forma cautelosa, evitando tomar medidas que possam surtir efeitos contrários ao esperado. Tanto é verdade que na maioria das vezes os magistrados tomam decisões provisórias até que sejam produzidas mais provas que comprovem cabalmente o alegado pelas partes, evitando a imposição de medidas drásticas como a inversão da guarda e a suspensão do poder familiar.

Percebe-se, nesse sentido, que a ocorrência da SAP está intimamente relacionada à legislação de um país, aos papéis sociais de seus indivíduos, à forma como o Judiciário se dedica às questões envolvendo

convivência familiar e guarda dos filhos, por exemplo (Brockhouse, 2012).

É certo que uma das questões mais complexas e decisivas do Direito de Família, é a determinação das condições de guarda, visitas, tomada de decisões, distribuição de responsabilidades, suporte financeiro, enfim, a determinação de todas as condições de vida dos filhos após o divórcio. Mas, infelizmente, no âmbito do direito brasileiro muito pouco é dedicado a definição de tais condições. E um dos indícios para isso é ser quase inexistente no judiciário a noção de *planos parentais* ou *planos de parentalidade*, questão já bastante avançada em outros países como Estados Unidos, Austrália, Inglaterra e Canadá.

Os planos parentais são acordos escritos que descrevem a forma com os filhos serão criados, levando em consideração as idades, sexos, personalidades e diferentes necessidades das crianças e dos pais. O plano parental estabelece, de forma detalhada, decisões práticas a respeito do cuidado das crianças no que concerne a questões como: comunicação e tomada de decisão, acordos de convivência (quanto tempo a criança vai passar com cada membro da família), guarda, condições de moradia, férias e feriados, viagens, educação, religião, atividades físicas, assistência médica, suporte financeiro, bem-estar emocional, entre outras. O plano busca abranger todos os aspectos relacionados ao exercício da parentalidade, visando evitar conflitos futuros resultantes de uma ausência de diretrizes para lidar com as responsabilidades relacionadas às crianças. Quando os pais não estão em conformidade com relação ao plano, o tribunal fica obrigado a tomar essas decisões e a elaborar um plano de parentalidade impositivo.

A maioria dos filhos de pais divorciados deseja conviver regularmente e ter um bom relacionamento com ambos os pais. Dessa forma, é natural que as crianças se sentam insatisfeitas com o tipo de relacionamento que possuem com aquele pai que é visto somente nos finais de semana. Os planos de parentalidade se mostram, nesse sentido, uma forma adequada de se equilibrar mais uniformemente o tempo dedicado a cada um dos pais (Warshak, 2013).

Muitas vezes a falta de uma regulamentação específi-

ca a respeito da guarda e das visitas, causa um conflito que pode fazer com que um dos pais se sinta vítima de atos alienatórios praticados pelo outro., Situações em que, por exemplo, o juiz não especifica que a visita inclui pernoite ou que o filho ficará na companhia do pai em finais de semana alternados e o aniversário da mãe cai justamente em um desses finais de semana ou, ainda, se não há determinação a respeito das férias escolares e dos feriados. Uma mera regulamentação genérica a respeito da guarda, das visitas e das demais condições que envolvam a família, é terreno fértil para desentendimentos e pode fazer com que o pai ou a mãe sintam que foram prejudicados com a determinação judicial e que o outro está obstaculizando sua convivência com o filho.

Isso não significa, entretanto, que o Judiciário brasileiro esteja, necessariamente, despreparado para lidar com questões complexas envolvendo conflitos familiares, como é o caso da alienação parental. Mas, sim, que se tratam de situações delicadas que exigem uma especial atenção que vai além do que o sistema de justiça normalmente oferece.

Talvez esteja distante de nossa atual realidade esperar que magistrados, peritos e operadores do direito conheçam a fundo as particularidades, necessidades e interesses de cada família em litígio, para regulamentar, de forma minuciosa, cada detalhe da dissolução conjugal, no que concerne a divisão de bens, guarda, visitação, educação, alimentação e outros detalhes da vida dos filhos, apenas a partir daquilo que é trazido aos autos, ou mesmo, daquilo que os peritos observam em suas avaliações. Isso porque a estrutura do sistema judiciário brasileiro não permite que sejam dispendidos tanto tempo e esforços quanto são necessários para a solução de um conflito envolvendo alienação parental. Além disso, a natureza adversarial do processo judicial em que sempre há um ganhador e um perdedor não só não soluciona o problema, mas também fomenta a instalação ou o agravamento da alienação parental.

Para lidar com um conflito que envolve práticas de alienação parental, medidas pontuais como imposição de multa, ampliação do regime de visitas, suspensão do poder familiar ou modificação da guarda podem não ser suficientes para solucionar a raiz do problema,

que, provavelmente, é muito mais profunda do que aparenta ser nos tribunais. Por isso, medidas mais personalizadas, direcionadas e individualizadas para cada caso se mostram mais adequadas para prevenir, tratar e oferecer uma estrutura de apoio para famílias envolvidas em um conflito dessa natureza.

Dessa forma, acredita-se que uma, dentre as possíveis soluções, para o problema da alienação parental, bem como para outros problemas que possam derivar de situações de litígio familiar, seria a utilização da mediação, como meio de solução de controvérsias. A elaboração de planos parentais, para o cuidado dos filhos em casos de divórcio, também pode ser outra saída para o problema.

Por fim, deve haver, por parte dos operadores do direito, empenho no incentivo às partes para a concordância, conduzindo e auxiliando na determinação das questões práticas a respeito da criação dos filhos de forma detalhada, levando em consideração as particularidades e necessidades de cada família, colocando o interesse das crianças como prioridade. Os conflitos e desentendimentos que surgem em um contexto de divórcio e que podem levar à prática da alienação parental, poderiam ser solucionados por exemplo pela mediação e os problemas em relação à criação e convivência com os filhos que possam surgir após do divórcio já poderiam estar devidamente acordados e registrados no plano de parentalidade.

////////////////////////////////////

5 Referências

- Brockhausen, T. (2011). *Sap e psicanálise no campo jurídico: de um amor exaltado ao dom do amor*. Dissertação de Mestrado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Figueiredo, F. V., & Alexandridis, G. (2014). *Alienação parental: aspectos materiais e processuais da Lei n. 12.318, de 26-8-2010*. São Paulo: Saraiva.
- Freitas, D. P. (2014). *Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gardner, R. A. (1998). *The parental Alienation Syndrome*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics Inc.
- Guazelli, M. (2013). A falsa denúncia de abuso sexual. In: Dias, M. B. (coord.). *Incesto e alienação parental - De acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Lôbo, P. (2014). *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva.
- Madaleno, A. C. C., & Madaleno, R. (2013). *Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense.
- Oliveira, M. H. C. P. (2012). *A Alienação Parental como forma de abuso à criança e ao adolescente*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Perez, E. L. (2013). Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: Dias, M. B. (Coord.). *Incesto e alienação parental - De acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rand, D. C. (1997). The Spectrum of Parental Alienation Syndrome, Part II. *American Journal of Forensic Psychology*, 15(4), 1-33.
- Silva, D. M. P. (2011). *Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?* Campinas: Armazém do Ipê.
- Veçoso, F. F. C., Pereira, B. R., Perruso, C. A., Marinho, C. M., Babinski, D. B. O., Wang, D. W. L., Guerrini, E. W., Palma, J. B., & Salinas, N. S. C. (2014). A pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 105-139.
- Warshak, R. A. (2013). *What is Parental Alienation?* Recuperado em 22 de julho, 2015, de <http://www.warshak.com/publications/what-is-parental-alienation.html>.

“DECIFRA-ME OU TE DEVORO”: o ensino do direito constitucional em perspectiva e em ação // *Carlos Victor Nascimento dos Santos*¹

Palavras-chave

ensino do direito / campo jurídico / pesquisa

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 O processo de criação de uma disciplina eletiva e o estímulo a diferentes habilidades e competências no estudante de Direito**
 - 2.1 Processo de elaboração da disciplina e destaque às habilidades e competências que desejava estimular
 - 2.2 Metodologia proposta à disciplina
 - 2.3 Material de apoio às aulas
 - 2.4 Mobilização dos alunos após o conhecimento da disciplina
 - 2.5 Adaptação da disciplina à heterogeneidade dos alunos e avaliação
- 3 A aula em ação**
 - 3.1 “Na pele dos ministros”: a influência de movimentos sociais, mídia e opinião pública na tomada de decisão
 - 3.2 A decepção na perda de um debate: a importância do contraditório e a sofisticação de argumentos e teses que “mascaram” determinadas consequências jurídicas
 - 3.3 “Tratamento à base de choque”: o estranhamento do campo jurídico a partir da empiria
 - 3.4 Decisões unânimes refletem motivações consensuais?
 - 3.5 A institucionalização da opinião pública: constrangimento e mudança no comportamento de magistrados
- 4 A sala de aula como um retrato do ensino do direito constitucional brasileiro**
 - 4.1 A reprodução irrefletida e o argumento de autoridade
 - 4.2 O conflito e o contraditório como bases

- estruturais do Direito
- 4.3 O ensino manualizado do direito constitucional
- 4.4 Multiprofissionalismo
- 4.5 A constitucionalização do Direito enquanto empoderamento do discurso jurídico
- 5 Considerações finais – refletindo o ensino do Direito a partir da pesquisa**
- 6 Referências**

////////////////////////////////////

Resumo

O artigo apresenta a descrição de uma disciplina oferecida na graduação em Direito a partir do estudo de casos com *role play* e seminários, aqui estruturado por meio da descrição da metodologia utilizada em sala de aula, passando por narrativas de experiências ocorridas em sala, até o apontamento de reflexões alcançadas quer por observações às dinâmicas ou por diálogos estabelecidos com os próprios alunos. A disciplina oferecida envolveu a discussão de temas relativos ao direito constitucional, sendo adaptada às condições estabelecidas pela universidade e necessidade dos alunos. Durante as aulas, com o exercício constante de construção e desconstrução de argumentos e teses, a partir da metodologia proposta, foi possível estabelecer reflexões acerca da necessidade de estranhamento do campo jurídico e relativização e desnaturalização de categorias jurídicas. O resultado foi a percepção de como o ensino do Direito pode estar estruturado e do potencial da pesquisa na distinção de três importantes fenômenos: como o campo jurídico é lido pela doutrina, como ele funciona e como os seus atores dizem que ele efetivamente é.

1 Doutorando em Teoria do Estado e Direito da Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PPGD/PUC, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (2010). Atualmente, é Professor Substituto da Universidade de Brasília.

“DECIPHER ME OR I’LL DEVOUR YOU”: the constitutional law education in perspective and in action // *Carlos Victor Nascimento dos Santos*

Keywords

legal education / legal field / research



Abstract

This paper presents the description of a class offered in Law School from case studies with role-playing and seminars, structured through the description of the methodology used in the classroom, narratives from the experiences in the classroom, up until we developed reflections by observing the dynamics or the dialogue established with the students themselves. This class involved the discussion of constitutional law issues, adapted to the conditions established by the university and the need of the students. During the classes, by constantly using construction and deconstruction of arguments and theses from the proposed methodology, it was possible to establish reflections about the need for an estrangement from the legal field as well as *relativization* and *denaturalization* of legal categories. The result was the perception of how legal education might be structured and the potential of research in order to distinguish three important phenomena: how the doctrine recognizes the legal field, how the legal field works and how the actors say it actually is.

A maior dificuldade do estudo do direito constitucional no Brasil é o violento contraste entre a profundidade e a importância dos temas em jogo e a ladainha retórica e terminológica a que se reduz grande parte do discurso constitucional. É uma versão agravada do que acontece com o escolasticismo doutrinário em todos os ramos do direito. (Unger, 2005, p. 29)

1 Introdução

A partir de diálogos com professores e amigos, volta e meia era discutido o ensino do direito constitucional. Alguns não viam sentido em estudá-lo por meio de “grandes temas”. No Brasil, por exemplo, o curso de direito constitucional foi sistematizado a partir da discussão de grandes casos políticos, como a organização do Estado, dos direitos fundamentais, dentre outros – sistematização que segue inclusive a ordem dos títulos e capítulos da Constituição Federal (Silva, 1994; Lenza, 2013; Moraes, 2012; Ferreira Filho, 2002; Mendes, 2012). E sempre foi um ponto comum nesses diálogos que o estudo do direito constitucional poderia ser conduzido a partir da discussão de casos. O estudo de casos, então, permitiria a identificação e discussão de matérias fundamentais à condução da disciplina. Em nossos diálogos, refletimos o quanto seria interessante chegar em sala de aula, propor o estudo de um caso e, por meio da discussão direcionada pelo professor, permitir que a própria reflexão dos alunos identificasse matérias passíveis de problematização e aprofundamento. O professor, então, contribuiria com a condução na produção do conhecimento mais técnico acerca do direito constitucional a partir de tais reflexões.

No entanto, algumas questões também foram suscitadas, como: o auxílio do professor na condução de quais temas poderiam ser passíveis de aprofundamento a partir dos casos estudados; a antecipação às possíveis reflexões dos alunos; “preparar” o suporte teórico a tais reflexões, estando atento para que ele não somente aprofunde o debate. O que permitiria fazer apontamentos sobre a compreensão do objeto de discussão, pontos positivos e frágeis dos argumentos levantados e sustentados no seio do debate, bem como das teses jurídicas (ou metajurídicas) surgidas. Tais questões já demonstravam as dificuldades iniciais da criação de uma única disciplina que

combinasse todas essas preocupações. Não é à toa que creditam tal função às matérias chamadas propedêuticas nos cursos jurídicos.

Recordo-me da época de estudante de graduação em que costumava ouvir de colegas de classe reclamações no sentido de não compreender a existência dessas disciplinas numa graduação em Direito, o que ocorria principalmente devido a não reflexividade das outras disciplinas jurídicas. O curioso é que as disciplinas chamadas propedêuticas são vistas da forma narrada, dentre outros motivos, devido a uma deficiência das demais disciplinas em não proporcionar ao aluno instrumentos que causem estranhamentos e reflexões com o campo analisado. Assim, fica sob a responsabilidade dos professores de disciplinas propedêuticas proporcionar elementos necessários ao estranhamento de objetos próprios de outras disciplinas, o que gera desinteresse e resistência por parte dos alunos de Direito sob o argumento inclusive da não especialidade de tais professores na análise de um campo próprio a outras disciplinas.

Algumas outras questões também surgiram no debate, como a compatibilidade entre o método crítico-participativo proposto anteriormente e o conteúdo próprio da disciplina de direito constitucional. Alguns obstáculos se mostraram bastante visíveis: o currículo e o programa de curso da universidade, o exame do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE, a prova da Ordem dos Advogados do Brasil, a preparação inicial aos concursos públicos, o mercado de trabalho proposto pela advocacia, uma inserção acadêmica que permita a formação de professores e pesquisadores, dentre outros.

Apesar do reconhecimento acerca da impossibilidade de todas as exigências acima serem abrangidas por uma única disciplina, demandando do professor essa múltipla preocupação, as universidades assumem tal responsabilidade na tentativa de abranger o maior público possível e não perder alunos. Isto é, todas essas preocupações próprias da graduação em Direito, acrescidas com as diretrizes do MEC ao reconhecimento da excelência do ensino do Direito, devem fazer parte do cotidiano da universidade, exigindo que se organize a partir da autonomia que possui para atender todas essas demandas.

Todos os diferentes focos de abrangência requerem dos alunos habilidades bem específicas. E a discussão mais recente sobre o ensino do Direito (Unger, 2005) vem destacando a necessidade de estímulo ao desenvolvimento de seu senso crítico, da sua capacidade de resolução de problemas práticos, além de desenvolver habilidades em realizar pesquisas e ingressar na docência. As faculdades de Direito do país precisam oferecer, em sua formação, além do “título” de operadores do Direito, o desenvolvimento da capacidade de pesquisadores em seus alunos. O compromisso a ser assumido na nova formação do estudante de Direito é o de possibilitar a utilização de uma ferramenta que contribua ao aprimoramento de habilidades específicas no estudante, como a observação e compreensão da sociedade em que vivem.

Isso porque a grande preferência das faculdades de Direito no Brasil é proporcionar aos seus alunos uma imersão no pensamento jurídico pelo seu conteúdo normativo, dando-lhes a aparência de conhecimento profundo nas mais diversas áreas jurídicas. É possível citar como exemplo uma experiência própria capaz de retratar esse cenário quando do início da graduação em Direito: ao iniciar meus estudos deparei-me com uma ambientação que constava numa imersão direta ao pensamento jurídico. Comecei meus estudos tendo por base a análise de votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre temas de grande repercussão na sociedade brasileira. E partir de tal análise, já no meu primeiro dia de aula, me foi aguçada a percepção da importância do órgão que atua de guarda da nossa Constituição: o STF dava a última palavra sobre um tema próprio da antropologia social.² A partir deste caso concreto, e de outros tantos ao longo da graduação, fui estimulado a ser um bom operador do Direito por meio do desenvolvimento de técnicas argumentativas, revestidos de sofisticadas teses jurídicas, que permitissem gerar ao menos uma aparência de licitude e legitimidade da ideia defendida. Recebi o treinamento para vencer o debate seja pela criação de um bom argumento, seja pelo apelo emocional

² No HC 82.424/RS, o STF discutiu se a publicação de livros que supostamente teriam caráter antisemita deveria se enquadrar como crime de racismo. Para resolver tal questão, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deliberaram sobre o conceito de raça. (Ver STF. HC 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 17set.2003)

ou simples combate ao argumento alheio. Tais teses eram construídas a partir da abstração da norma perante o caso concreto, produzindo verdades jurídicas que, quanto maior o nível de sofisticação, mais se distanciavam do conflito existente, tornando comum a desconsideração de argumentos mais humanísticos que tivessem relação direta com o conflito. Ou seja, não me importava conhecer e compreender o funcionamento da realidade social, e sim vencer o debate a partir da superação de argumentos.

A partir também desse contexto surgiu a motivação deste artigo: como proporcionar ao estudante de Direito uma formação capaz de estimular habilidades e competências (Perrenoud, 1999) profissionalizantes e acadêmicas?

O presente artigo abordará uma experiência docente a partir do oferecimento de uma disciplina pensada para confrontar o paralelo narrado nos parágrafos acima: o pensamento normativo estimulado pelas faculdades de Direito aos seus alunos com o acesso (e não realização) a diferentes pesquisas relacionadas principalmente ao direito constitucional, sendo capazes de atribuir um novo olhar à realidade social, conforme será brevemente discutido nas páginas adiante. Para tanto, será abordado, no primeiro tópico, o processo de criação e objetivos com a disciplina. Após, algumas dinâmicas ocorridas em sala de aula serão descritas de modo a ilustrar importantes questões a serem refletidas sobre o ensino jurídico. Por fim, a experiência docente servirá para apontar reflexões sobre o ensino do direito constitucional brasileiro, que se relacionam diretamente com o ensino jurídico no Brasil.

2 O processo de criação de uma disciplina eletiva e o estímulo a diferentes habilidades e competências no estudante de Direito

Nas linhas a seguir, será descrito o processo de reflexão e elaboração de uma disciplina que, com sugestões de alguns amigos (alunos e professores), buscou privilegiar uma abordagem conteudista a partir da seleção de temas específicos do direito constitucional com a utilização de uma metodologia crítico-participativa. O resultado, conforme será notado nas

páginas seguintes, será a proposição de um exercício constante de construção do conhecimento a partir de sua própria desconstrução. O que permitirá discutir aspectos específicos do ensino do direito constitucional no Brasil tendo por base principalmente a experiência narrada pelos professores e a observada (e descrita) nos alunos. O presente tópico apresentará todo esse processo.

2.1 Processo de elaboração da disciplina e destaque às habilidades e competências que desejava estimular

Inicialmente, ministrei aulas como professor voluntário ao lado de outro professor e amigo, uma disciplina destinada aos alunos da graduação e pós-graduação da instituição, momento em que tive um pouco mais de proximidade com alunos, professores e coordenadores da universidade. Na mesma época organizei um plano de ensino com a disciplina que desejava ministrar como eletiva e submeti ao colegiado da instituição. O nome da disciplina era: “Na pele dos ministros: a construção dos votos no Supremo Tribunal Federal”. A proposta tinha por objetivo desenvolver nos alunos a habilidade de construir votos que expressassem recursos tipicamente encontrados nos raciocínios constitucionais aparentemente desenvolvidos pelos ministros do STF. Assim, o curso oferecido tinha o propósito de colaborar com um refinamento do olhar à prática jurídica existente no STF. Para atingir esse objetivo geral, foram utilizados estudos de casos que contribuíssem para: (a) a construção de um raciocínio jurídico-constitucional, (b) o conhecimento e compreensão de conceitos condutores do debate, (c) a apreensão de ideias capazes de influenciar a dinâmica decisória, (d) estimular o desenvolvimento de habilidades necessárias ao exercício da prática jurídica.

A aula era dividida em dois momentos: uma prática simulada de casos já apreciados pelos ministros do STF e outro com a apresentação de seminários abertos ao debate sobre textos que discutiam a dinâmica decisória dos ministros via pesquisas bibliográficas, documentais ou empíricas. Durante a prática simulada, os alunos, participando ativamente do debate, teriam a oportunidade de desenvolver a fluência de sua retórica e oralidade, por meio do reconhecimento dos principais pontos conflitantes no caso dispo-

to para análise. Desta forma, os alunos poderiam se tornar capazes de visualizar diferentes resoluções cabíveis ao deslinde do caso concreto, bem como as suas possíveis consequências políticas, jurídicas ou até mesmo sociais. Além disso, eram objetivos da disciplina: estimular a percepção dos alunos sobre o quanto as suas moralidades, crenças pessoais e experiências de vida são capazes de interferir na produção de um argumento jurídico, além de demonstrar as dificuldades que um julgador possui em proferir uma decisão judicial com a imparcialidade requerida pelo sistema normativo.

Por fim, a proposta da disciplina tinha também o objetivo de proporcionar o conhecimento de diferentes habilidades em algumas carreiras jurídicas atuantes no Supremo Tribunal Federal (a penas aquelas que surgiram nas atividades), como poder de convencimento, argumentação, redação, síntese dos fatos e identificação dos principais problemas a serem enfrentados. A disciplina teve o cuidado especial de não desprezar o olhar dos alunos diante de uma situação contraditória, em que tiveram as habilidades e competências anteriormente descritas aguçadas. Isso porque a lógica da superação de argumentos não pode se afastar da análise do caso concreto, bem como das possíveis consequências políticas ou jurídico-constitucionais de determinada decisão judicial.

2.2 Metodologia proposta à disciplina

A metodologia proposta foi a do estudo de casos com a utilização de um *role-play*. A sala de aula foi organizada de forma a simular julgamentos de casos concretos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo aos alunos que, por meio do estudo de um caso, pudessem construir um raciocínio jurídico-constitucional. A metodologia foi focada no estímulo à argumentação e à construção deste raciocínio jurídico-constitucional sem perder de vista a análise dos fatos para que, a partir deles, os alunos pudessem identificar as principais questões jurídicas, políticas e institucionais por trás da decisão judicial. No segundo momento da aula os seminários eram utilizados de modo a estabelecer um estranhamento com os alunos acerca das práticas ocorridas na simulação de julgamento. Assim, era possível construir um ambiente em que o exercício do contraditório pudesse ser destacado e, posteriormente, o que o ambiente

gerado pelo campo de disputas existente no Direito seria capaz de mascarar, como fatores fundamentais que influenciariam tanto a tomada de decisão do magistrado quanto a construção dos argumentos das partes envolvidas no caso. Para lidar com esta dinâmica decisória e enfrentar questões que influenciassem diretamente no julgamento, a aula seguiu a lógica abaixo descrita.

As aulas seguiam, em seu primeiro momento, simulações de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. No primeiro dia de aula foi feita uma explicação da dinâmica da aula e das formas de avaliação. No segundo, foi feito um mapeamento da turma a fim de fazer as adequações necessárias no que se referia ao *quórum* de alunos para que fosse possível o desenvolvimento da proposta metodológica a seguir.

Na aula anterior eram sorteados alunos que teriam funções específicas na sessão simulada: proferir relatório e voto do caso, fazer sustentações orais defendendo determinado ponto de vista etc.; cada um deles teria que enviar um trabalho escrito, no prazo estipulado. Os principais atores de uma sessão de julgamento no STF eram representados. O relator do caso tinha o dever de, por meio do relatório disponibilizado no material de aula, elaborar um voto escrito a ser enviado no prazo estipulado para o professor. Os votos escritos somados à apresentação corresponderiam a uma das notas da disciplina.

Em algumas das sessões, surgiam alguns outros atores, como o *amicus curiae*³ ou um representante de algum grupo de interesse que se manifestasse numa Audiência Pública. O *Amicus Curiae* tinha a função de defender um ponto de vista em favor de uma das partes, com argumentos característicos à instituição a qual fizesse parte, assim como os representantes de possíveis grupos de interesse que compusessem uma

3 Segundo o glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal: “‘Amigo da Corte’. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte).” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

audiência pública. Estes atores deveriam se manifestar com um parecer ser apresentado também no dia do julgamento, mas antes do voto do Relator. O parecer deveria ser entregue ao professor e ao relator também no prazo estipulado, para que o último tivesse acesso ao parecer antes de elaborar o seu voto.

No dia da aula era dado início à dinâmica com uma abordagem geral do caso e dos temas que seriam enfrentados em sala de aula, com o cuidado de alertar os alunos para algumas das questões com que deveriam se preocupar durante o debate e julgamento. Em seguida, uma breve apresentação da causa era conduzida pelo Relator e, depois, e quando houvesse, eram feitas as manifestações de *amici curiae* para, posteriormente, serem expostas as sustentações orais com as manifestações de voto do relator e demais ministros. Durante a apresentação dos votos, o professor poderia fazer breves análises demonstrando a preocupação que cada um teve e a contextualização com o problema que estava sendo enfrentado.

Por fim, a sessão simulada estaria aberta às intervenções de cada um dos alunos, onde cada um também representaria um ministro. As interlocuções eram devidamente mediadas pelo professor, ponderando cada uma delas e alertando às preocupações do interventor com o argumento levantado. Os alunos presentes proferiam seus votos apresentando oralmente os seus argumentos. A cada argumento diferente levantado o professor, na função de mediador, abordaria as questões constitucionais envolvidas que foram ou deveriam ter sido levadas em consideração no momento do voto. Findo o julgamento, e colhidos os votos de cada um dos presentes, o professor fazia uma análise mesmo que breve do julgamento, apontando questões que foram levadas em consideração na apreciação do caso concreto.

Na segunda metade da aula, e a partir da divisão anterior da turma em grupos, cada um deles era responsável por apresentar um texto de leitura obrigatória em no máximo trinta minutos. No dia da apresentação, o grupo teria que entregar um fichamento ao professor e disponibilizá-lo, após a apresentação, na pasta *Dropbox* criada especificamente para a disciplina. O objetivo do segundo momento da aula era observar e analisar criticamente a simulação de julgamento,

com o destaque ao que poderia ser um dos fatores de influência tanto na dinâmica decisória dos ministros quanto na construção do raciocínio argumentativo de cada um dos atores envolvidos na demanda.

Isto é, o segundo momento era destinado ao exercício de desconstrução de todo o debatido na simulação dos julgamentos. Os alunos destacavam o contexto histórico-político de julgamento, as relações pessoais estabelecidas pelos atores no julgamento, experiências anteriores ao julgamento obtidas por seus atores, vínculos que demandassem determinados posicionamentos, dentre outras questões. Os textos de leitura obrigatória e complementar eram utilizados como suporte a tais discussões e foram selecionados sempre a partir de alguma pesquisa realizada, de natureza bibliográfica, documental ou empírica, em que fosse possível estabelecer uma relação mínima com o caso discutido em sala de aula, estabelecendo um estranhamento com o mesmo. O exercício de desconstrução tinha como principal objetivo estimular nos alunos um olhar mais apurado acerca do distanciamento ocorrido entre o pensamento normativo, desenvolvido nas sessões simuladas de julgamento, e o funcionamento da realidade social – olhar obtido a partir dos alertas que pesquisas que têm como foco o conhecimento e compreensão da realidade possuem.

2.3 Material de apoio às aulas

Para cada uma das aulas eram disponibilizados: caso gerador constando uma descrição breve do caso a ser estudado; relatório do caso com trechos selecionados para leitura; textos de leitura obrigatória e complementar; reportagens e entrevistas. Os casos selecionados para discussão em sala nas sessões simuladas de julgamento foram escolhidos a partir da repercussão social que alguns tiveram, além da relação capaz de estabelecer com os temas propostos para discussão. Vejamos: (i) *Impeachment* do Presidente Collor: MS/DF 21.564-0; (ii) Lei de Anistia: ADPF n. 153; (iii) Raposa Serra do Sol: Pet. 3.388; (iv) Desuso da competência do Senado (mutação constitucional do art. 52, X da CF/1988): Recl. 4335-5/AC; (v) Caso Elwanger: HC 82.424/RS; (vi) Reconhecimento da união homoafetiva: ADI 4.277; (vii) Interrupção de gravidez de feto anencefálico: ADPF nº. 54/DF; (viii) Ficha limpa: ADI nº. 4.578/DF; (ix) Mensalão: AP 470;

e (x) Fundo de Participação dos Estados: ADI 1.987.

Em cada um dos casos apreciados foi destacado na literatura mais recente um texto de leitura obrigatória e/ou complementar que pudesse discutir as questões jurídicas, políticas ou sociais que cada caso demandava. Alguns textos apresentavam discussões acerca do contexto histórico-político de julgamento, outros faziam uma análise comportamental dos julgadores, análises teóricas, doutrinárias, de documentos oficiais etc. O fundamental era que o texto servisse de suporte à reflexão sobre como a produção do conhecimento jurídico ocorre no campo de disputa travado por seus atores.

Para cada aula eram selecionados casos e textos que melhor se adequassem aos temas indicados para discussão em sala. E todo o material para leitura era disponibilizado em pasta compartilhada em nuvem e em uma pasta na copiadora da faculdade de Direito, além do plano de curso da disciplina ter sido igualmente disponibilizado aos alunos para um acompanhamento integral da disciplina ao longo de todo o curso.

2.4 Mobilização dos alunos após o conhecimento da disciplina

Com a aprovação da disciplina pelo colegiado da instituição de ensino e abertura de inscrições para os alunos, foi iniciada a divulgação da disciplina. Por dividir uma disciplina com um professor e amigo na graduação e pós-graduação da instituição, tive a oportunidade de também divulgar o curso que ministraria no semestre seguinte. Em pouco tempo, alunos manifestaram interesse em se inscrever no curso, quer seja pessoalmente ou por e-mail. Quando procurado pessoalmente, alunos destacavam o interesse na disciplina devido a seu formato, algo a que poucos estavam acostumados na faculdade de Direito.

Logo após a divulgação, um dos coordenadores da graduação me procurou para informar da grande procura dos alunos pela disciplina, o que fez com que diversos deles solicitassem uma mudança de dia e horário em que seria ministrada, de modo que pudesse atender o maior público possível. Afirmei que não veria problemas em tal ocorrência. Em seguida, um aluno me escreveu perguntando da possibilidade de realizar uma enquete via *Facebook* para que os

maiores interessados em cursar a disciplina manifestassem suas melhores opções de dias e horários. Autorizei com a ressalva dos dias e horários em que já possuía compromisso. Em poucos dias, recebi um resultado da enquete, definindo dia e horário de preferência dos alunos para que a disciplina fosse ministrada: às segundas-feiras, de 19h00 às 22h40.

2.5 Adaptação da disciplina à heterogeneidade dos alunos e avaliação

Assim, por se tratar de encontro semanal único, o tempo da aula era dividido para a sessão simulada em sua primeira metade e, posteriormente, os seminários. Algumas aulas eram realizadas apenas com os seminários, o que reduzia consideravelmente o seu tempo. O dia e horário escolhidos pelos alunos permitiram uma heterogeneidade da turma: metade dos alunos compunham os períodos iniciais de graduação, devido ao interesse no método participativo proporcionado pelo *role play*, a outra parcela era composta por alunos em períodos mais avançados, que já faziam algum tipo de estágio e se interessavam por estudos de casos, o que favoreceu o debate e tornou a dinâmica da aula mais interessante.

A avaliação dos alunos era feita a partir dos trabalhos escritos que entregavam no dia de suas apresentações, além da participação individual em cada um dos seminários que apresentavam e julgamento simulado de que participavam. E a avaliação da aula era feita ao final de cada encontro, momento em que, juntamente com os alunos, problematizávamos as dinâmicas ocorridas, bem como as teses jurídicas surgidas nas discussões, contexto histórico e político de sua incidência, sua adequação à realidade social e a colocação assumida pelo direito constitucional no seio dos debates. Mas, para adentrar em tais detalhes, é necessária uma leitura atenta do tópico seguinte, oportunidade em que será feita uma descrição de algumas situações que ilustram a dinâmica das aulas.

3 A aula em ação

Esse espaço se destina à breve descrição de algumas situações ocorridas em sala de aula capazes de apresentar preocupações e reflexões discentes e docentes a partir da metodologia e dinâmica proposta e coordenada pelo professor. O formato das aulas

permitiram um debate constante quer seja sobre temas de direito constitucional e a forma como juristas desenvolvem argumentos constitucionais no seio do debate. Assim, os olhares que devemos atribuir às dinâmicas ocorridas em sala de aula referem-se à (i) compreensão do contexto histórico-político brasileiro ao qual o tema discutido está inserido; (ii) a influência de mídia, grupos politicamente organizados e opinião pública sobre temas de repercussão social; (iii) utilização de autores e teorias no exercício do contraditório; e (iv) a tentativa de incorporação da empiria como forma de compreensão da realidade social.

3.1 “Na pele dos ministros”: a influência de movimentos sociais, mídia e opinião pública na tomada de decisão

Na primeira aula, foi feita uma apresentação da disciplina, momento dedicado à explicação da dinâmica sugerida para as sessões simuladas e seminários, colhimento de expectativas dos alunos com a disciplina e separação de textos e grupos que comporiam as aulas seguintes. O segundo dia de aula ocorreu no dia 16 de março de 2015, um dia após uma manifestação que mobilizou mais de um milhão de pessoas em todo o país, segundo a Revista Exame⁴, cuja pauta mais visível era o *impeachment* da Presidenta Dilma. Esse contexto histórico-político é interessante para ilustrar a aula do dia 16 de março, cujo tema era “Julgamentos de atos do Poder Público. Movimentos políticos e opinião pública”, hipótese em que a sessão simulada sugeria a rediscussão do caso que deu origem ao chamado *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello - MS/DF 21.564-0, Rel. Min. Octávio Gallotti; e AP nº. 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Na oportunidade, eram sugeridos texto de Marcos Nobre, além de entrevista com o Professor Luiz Werneck Vianna, hipótese em que refletiam sobre as razões que poderiam ou não impulsionar um *impeachment*, além de estabelecer um paralelo com a realidade brasileira vigente à época de suas análises. A aula foi iniciada com uma apresentação do caso e apontamento de algumas questões que deveriam

⁴ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/ao-vivo/acompanhe-as-noticias-sobre-os-protestos-deste-domingo>>. Acesso em: 28.abr.2016.

ser analisadas por todos aqueles que participariam mais ativamente das aulas. O aluno que representava o ministro relator do julgamento no STF fez uma explanação do caso e, não tendo *amicuscuriae*, proferiu seu voto e passou a palavra para os outros dois “ministros”, que manifestariam seus votos favoráveis e/ou contrários ao ministro relator. Várias interpelações foram feitas por cada um dos alunos, que estavam também na condição de ministros do STF, tendo que proferir voto oral acerca da questão analisada, instaurando o debate. Na condição de mediador do debate, buscava fazer intervenções que tornavam apenas mais claro um ou outro argumento levantado pelos alunos, que tiveram como base de leitura não o acórdão inteiro do caso apreciado, mas apenas o seu relatório. Isto é, os argumentos levantados em sala de aula eram pesquisados pelos próprios alunos ou fruto da construção momentânea a partir da discussão e análise do caso concreto.

Os movimentos políticos e a opinião pública foram destacados pelos próprios alunos como elementos que influenciariam o julgamento. Logo na primeira sessão simulada foi observada uma diferença de postura entre alunos dos períodos iniciais e mais avançados: os primeiros tinham como o enfoque a análise do caso concreto, destacando fatores meta-jurídicos capazes de influenciar na dinâmica decisória; os segundos, se preocupavam com o desenvolvimento de uma boa retórica, além da sustentação de argumentos jurídicos capazes de torná-los vencedor na disputa travada em sala de aula. Dentre os argumentos levantados pelos alunos de períodos iniciais estavam: a opinião pública, exposição dos julgadores na mídia, pressão de movimentos políticos, autores principalmente de filosofia e sociologia do Direito, dentre outros. Por outro lado, os alunos de períodos mais avançados (a partir do quinto período), utilizavam-se de uma linguagem mais erudita e técnica, a fim de sofisticar argumentos carregados de doutrina e análise legislativa.

Ao fim do debate, foi sugerida uma votação dentre os presentes para sabermos se absolveriam ou não o então Presidente Fernando Collor de Mello. O resultado foi a absolvição por unanimidade, deixando claro um acontecimento: todos votaram a favor do Collor, mas cada um por um motivo em específico. Os deba-

tes tramitavam em torno das razões à sua absolvição, e não a respeito de sua absolvição ou condenação. Após um intervalo, foi iniciado o segundo momento da aula: o exercício de desconstrução do julgamento ocorrido a partir da leitura e reflexão dos textos, com referência constante às dinâmicas ocorridas nas sessões simuladas.

Neste momento da aula, os alunos discutiram os textos propostos para leitura, fizeram perguntas a seu respeito e ponderaram questões tendo por base o caso discutido em sala. Dentre as questões levantadas pelos alunos, estavam principalmente uma possível pressão midiática e popular sobre o julgamento dos ministros, que se encontravam cada vez mais expostos ao crivo da opinião pública. A decisão tomada pelo STF foi vista pelos alunos como uma decisão política em que o órgão máximo do Poder Judiciário evitou um embate com o Poder Legislativo ao manter a decisão por eles tomada no processo de *impeachment*, ainda que fosse possível sustar seus efeitos mediante análise técnico-jurídica. Ao mesmo tempo, algumas opiniões dos alunos alertaram ao fato de que, se estivessem na mesma época e situação em que os ministros do Supremo se encontravam, dificilmente tomariam postura diferente.

No encerramento da aula, dois argumentos levantados geraram bastante reflexão entre os demais alunos. O primeiro se referia ao aumento de poderes do STF: o caso representaria à época um indício de que o Supremo poderia decidir o quê, como e em que momento tomar determinada decisão – um poder que só aumentaria a partir, principalmente, de suas demandas e julgamentos. O segundo estaria relacionado às causas motivadoras de um *impeachment*, o que permitiu que os alunos chegassem à conclusão de que não havia razões técnico-jurídicas para um *impeachment* do então Presidente Collor, assim como não teria à época da discussão razões para um *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Na visão dos alunos, havia um equívoco em uma das pautas dos movimentos sociais e políticos ocorridos no Brasil: a pressão política, midiática e popular deveria centrar esforços em um pedido de renúncia, e não de *impeachment*.

O resultado da primeira aula foi bastante satisfató-

rio pois, além das questões técnicas e jurídicas que envolviam o deslinde do caso, outras questões – não menos importantes –, foram também levadas em consideração no decorrer da aula, o que permitiu imprimir a mesma dinâmica nas aulas seguintes. Alguns alunos me procuraram ao final da aula para continuar comentando algumas das questões discutidas em sala. Dentre eles, uma aluna bastante participativa que se dizia neta de um militar reformado e que afirmava conhecer um coronel que havia participado da ditadura militar. Sugeri levá-lo à próxima aula, momento em que discutiríamos tema próximo de seu interesse. E, na impossibilidade de seu comparecimento, se disponibilizou para colher com ele depoimentos ou argumentos que contribuiriam ao debate em sala de aula. Sugeri que ela ficasse à vontade para qualquer uma das duas hipóteses, mas que a discente não se vinculasse a nenhuma delas, a fim de não gerar qualquer (quebra de) expectativa perante os colegas de classe.

3.2 A decepção na perda de um debate: a importância do contraditório e a sofisticação de argumentos e teses que “mascaram” determinadas consequências jurídicas

Na aula seguinte, o caso a ser discutido era o da Lei da Anistia – ADPF nº. 153, a partir do seu relatório, além do texto “Judiciário: entre justiça e a política”, de Rogério Bastos Arantes, cujos temas a serem discutidos eram “Princípio democrático. Princípio Republicano. Comissão da Verdade: função e limites do poder de investigação”. A mesma dinâmica foi impressa a esta e demais aulas. Após a manifestação do relatório e voto de aluno que representava o Ministro Relator e votos de alguns outros alunos, foi instaurado mais um debate a partir das interpelações de cada um deles. A aluna que, na aula anterior, havia sugerido levar um coronel reformado participante do regime militar instaurado no Brasil entre 1964-88 não conseguiu levá-lo, mas apresentou um texto que continha um depoimento dele com vários argumentos favoráveis ao regime militar que, por consequência, defendia a recepção da lei da anistia pela Constituição Federal de 1988.

Em todas as suas participações em aula, a aluna se referia à pesquisa feita e trazida por ela como um ar-

gumento superior aos demais. Em alguns momentos chegava a afirmar: “Mas este é um depoimento de quem viveu aquela época, como não lhe dar créditos?” Os seus colegas de classe retrucavam no sentido de ele ser um militar e estar defendendo sua corporação, suas atividades, seu ponto de vista. Para a aluna, que tinha um pai militar e convivia em meio de militares, a lei da anistia era algo completamente coerente, pois extinguiu a punibilidade de quem havia cometido supostos crimes militares durante o período de 1964-88, principalmente por estarem respeitando e seguindo ordens. Para outros alunos, era uma lei que desrespeitava os direitos de quem havia sofrido torturas, além de perpetuar um dano na vida de familiares que tiveram perdas nesse período.

Ao ser confrontada, a partir dos argumentos constantes nos textos e depoimentos que levou para sala de aula, essa aluna se sentiu um pouco desprezada pelos colegas por não estarem “percebendo” como as informações que ela havia levado para sala não estavam sendo vistas como fundamentais à resolução do caso concreto. Isto é, a proximidade e convivência com militares podem ter estimulado nessa aluna a visão de uma autoridade no argumento daqueles que viveram a época do regime militar em relação a assuntos que lhes eram conexos. Com esta peculiaridade e após o debate na sessão simulada, foi sugerida nova votação sobre o caso e a aluna citada nesta aula teve seus posicionamentos e voto vencidos, o que pode ter contribuído com uma queda no empenho desta aluna ao longo de toda a disciplina ao diminuir consideravelmente suas participações e não demonstrar mais interesse ou empolgação nas discussões travadas em sala de aula como o fazia antes.

Na aula seguinte foi introduzida uma discussão sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estar ampliando os seus poderes a partir dos votos proferidos por seus ministros por meio de argumentação e interpretação tipicamente constitucionais. O caso “Raposa Serra do Sol”, que teve grande repercussão na doutrina jurídica devido ao voto com condicionantes proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito aguçou a discussão acerca do aumento dos poderes dos ministros do STF por suas próprias decisões. Essa aula, com o seminário sobre os textos “Supremocracia”, de Oscar Vilhena Vieira, e “Dezesse-

te anos de judicialização da política”, de Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Sales, reacendeu a discussão acerca dos limites e possibilidades dos ministros do STF no exercício da função que a Constituição Federal de 1988 lhes concedera.

A aula foi igualmente bastante participativa, com o destaque à citação e referência de diversos autores brasileiros e estrangeiros que discutem o comportamento dos magistrados, em especial, dos ministros da Suprema Corte. Todos os textos e autores citados faziam referência a estudos realizados a partir da leitura de decisões judiciais, capazes de determinar o comportamento político de julgadores a partir principalmente da ideologia predominante em cada um dos indicados pelo chefe do Poder Executivo para assumir a Suprema Corte. O que demonstrava interesse e atualidade na discussão do tema pelos alunos, mas que limitava a discussão tão somente à análise do processo decisório, delimitando apenas um campo de pesquisa capaz de relativizar o suposto “comportamento político” dos magistrados no ato de julgar.

E, dentre as discussões travadas em sala de aula, uma se destacou: a possibilidade de ministros do STF promoverem uma “reforma silenciosa” da Constituição, ampliando seus poderes, a partir do suposto reconhecimento de fatos capazes de disfarçar como mera observação da realidade algo que, na verdade, é uma transformação dessa realidade de acordo com as suas próprias preferências. O argumento capaz de relativizar esse raciocínio foi o da incorporação de pesquisas empíricas às práticas judiciais dos ministros do Supremo que permitissem uma compreensão maior da realidade social, reflexões mais bem desenvolvidas a partir das próximas aulas com a discussão e demonstração de pesquisas que confrontassem a evidência acima.

Antes de entrarmos numa segunda fase da disciplina, com a incorporação de discussões que aproximassem o Direito da empiria, foi feito um seminário sobre o texto “O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica”, de Roberto Kant de Lima e Barbara Lupetti, oportunidade em que foi discutido o contraditório como característica inerente ao estudo do Direito, assim como a disputa, o conflito, o reconhecimento de autoridade em argumentos defendidos por doutrinadores e detentores

de profissões jurídicas tradicionais (advogado, promotor, juiz, defensor público, procuradores, dentre outros) e a incapacidade de tais características refletirem a realidade social, devido principalmente à necessidade do jurista de superar o argumento de seu adversário como forma de produção de uma verdade.

Essa aula foi capaz de proporcionar aos alunos um estranhamento necessário ao campo jurídico, de modo a visualizar o espaço dos tribunais como um campo de disputa pelo conhecimento jurídico, capaz de dar especial enfoque ao conflito existente na busca por superação de teses, ignorando inclusive os fatos, o caso concreto, a realidade social. Desse modo, os alunos começaram a se atentar à elaboração de argumentos jurídicos sem qualquer aproximação fática, mas carregados de doutrina e interpretação, afirmando inclusive de modo intuitivo como a realidade é ou funciona. Algumas decisões dos ministros do STF começaram a ser questionadas pelos alunos como formas de manipulação da realidade social a partir de suas preferências, necessitando, algumas delas, de pesquisas empíricas que ao menos confirmassem suas impressões.

3.3 “Tratamento à base de choque”: o estranhamento do campo jurídico a partir da empiria

Iniciada a segunda fase do curso, a sessão simulada teve como caso o referente ao suposto desuso da competência do Senado, constante no art. 52, X, da Constituição. Na hipótese, discutia-se a possibilidade de, devido a um desuso de tal competência argumentado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo deixasse de observá-la para tomar para si tal postura. Isto é, sob uma alegada mutação do texto constitucional, o min. Gilmar Mendes entendeu uma mudança de sentido do texto, defendendo a necessidade de ser compreendido que a competência do Senado constante no texto não é a de suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais no controle difuso de constitucionalidade, como diz o texto, e sim de atribuir mera publicidade às decisões do Supremo. Na hipótese sugerida pelo Min. Gilmar Mendes, as decisões tomadas pelo plenário do Supremo, no controle difuso de constitucionalidade, teriam efeitos que atingiriam a todos os órgãos judiciais e administrativos e jurisdicionados.

Durante a sessão simulada, foi atribuído destaque à argumentação empírica do Min. Gilmar Mendes ao alegar que o Senado Federal não utiliza mais essa competência. E, a principal discussão entre os alunos era: como utilizar um argumento empírico sem a realização de uma pesquisa?

Após a sessão, foram discutidos os seguintes textos no seminário: “Mutações à brasileira: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição”, além de trechos selecionados do livro: “STF e mutação constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões”, ambos de minha autoria. No texto, é realizada uma pesquisa documental quantitativa acerca do uso ou não da competência constante no art. 52, X, da Constituição pelo Senado Federal, apontando que o Senado utiliza tal competência quando é provocado a fazê-lo. O Supremo Tribunal Federal, que possui a competência de comunicar o Senado quando proferida uma decisão plenária no controle difuso de constitucionalidade, não o faz, descumprindo inclusive o seu Regimento Interno.

Os textos acima geraram diversas reações nos alunos. Uma delas foi: “Mas eu fiz um curso no IDP e o Min. Gilmar falou diferente (...)”. Dentre outras: “O STF toma uma competência conferida pelo Poder Constituinte Originário para si por meio de retórica e interpretação”; “Sem fazer pesquisa, fica difícil saber se o que eles (os ministros) falam é verdade ou não”. O fato destacado dessa aula foi o alerta registrado à necessidade de aproximação do Direito a outras áreas do saber a fim de compreender melhor o seu próprio campo. E, assim, evitar que o fato, a realidade social seja ignorada a partir do uso frequente e sofisticado da retórica, argumentação, interpretação e teses jurídicas distantes do conhecimento da realidade a que fazem referência.

Esse momento do curso gerou um suposto nivelamento na turma: os alunos dos períodos mais avançados, apesar de terem acesso a mais teses jurídicas, autores e argumentos, encontravam-se cada vez mais distantes da análise dos fatos, concentrando todos os seus esforços em definir o *dever ser*, ao mesmo tempo em que ignoravam o *ser*, preocupação cada vez mais notada nos alunos dos períodos iniciais. Claramente o desconforto dentre os alunos de períodos

mais avançados tornava-se cada vez mais frequente. As sofisticadas retórica e teses jurídicas estavam sendo questionadas por alunos que demonstravam a necessidade de realização de estudos e pesquisas a fim de melhor conhecer alguns fenômenos a serem discutidos pelo Poder Judiciário, inclusive chegando à conclusão de que não cabia a ele definir e resolver alguns conceitos e controvérsias.

Antes de iniciarmos o último módulo do curso foi realizado um seminário sobre o texto “O que é a realidade?”, de João Francisco Duarte Junior, em que as questões levantadas na aula anterior eram mais bem discutidas, como: a que realidade estamos fazendo referência?; quais os seus atores sociais?; que interpretação devemos oferecer à realidade social: a oriunda da experiência prévia e particular de quem a observa ou a que os próprios atores desejam imprimir a ela?; dentre outras questões. Assim, foi possível abrir o último módulo do curso, capaz de levar à realidade dos alunos um caráter mais interdisciplinar ao estudo e compreensão do direito constitucional brasileiro.

3.4 Decisões unânimes refletem motivações consensuais?

No último módulo, foram discutidos casos que demandavam algum tipo de estudo e pesquisa ou possuíam algum já realizado a seu respeito. O primeiro a ser discutido nesse novo módulo foi o conhecido como “Caso Ellwanger” – HC nº. 82.424/RS, Rel. min. Moreira Alves, onde foi amplamente debatido o conceito de raça pelos ministros do Supremo. No seminário correspondente à mesma aula, foram debatidos trechos da tese de doutorado de Cristina Gomes Campos de Seta, intitulada “‘Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal!...’. Mas, há consenso na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal?”. Na oportunidade, os alunos utilizaram a sessão simulada para debater o conceito de raça e definir se o autor das publicações de livro com declarações antisemitas era passível ou não de punição. Em determinados momentos do debate, os alunos se atentavam à necessidade de buscar nos próprios judeus como eles se enxergavam: como raça ou não.

O seminário foi iniciado com a seguinte indagação do grupo que o apresentava: “há consenso mesmo na

decisão unânime?”. E o debate tramitou em torno da discussão travada pelos próprios alunos na sessão simulada. Um dos integrantes do grupo, disse: “Discutimos tanto tempo o conceito de raça que não definimos as motivações da decisão final que tomamos”. E esse foi o retrato da aula: os alunos discutiram no seminário como a disputa por teses foi capaz de ignorar a motivação da decisão judicial, considerando a pluralidade de fundamentos tecidas por cada um dos ministros em seus votos e a não vinculação deles à decisão de mérito. A partir daí, foi questionada a ideia de que o consenso por um posicionamento na decisão final representaria também o fundamento desta mesma tomada de decisão. No caso discutido na sessão simulada, por exemplo, Elwanger foi condenado ao cometimento do crime de racismo, mas por motivações completamente diferentes. O que fez com que os alunos, ao serem indagados sobre o fundamento da decisão que condenou o autor do livro contendo publicações antissemitas, não soubessem o que responder.

No caso seguinte, a sessão simulada teve como caso gerador o reconhecimento da união homoafetiva – ADI nº. 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, em que se discutiu a possibilidade de extensão dos direitos civis aos companheiros homoafetivos. A manifestação de posicionamentos dos alunos durante o debate teve um pouco mais de cautela por parte de alguns. Uma frase ilustra bem esse fato: “Quero destacar que eu não sou contra a união homoafetiva, muito ao contrário. Mas a Constituição e Código Civil dizem outra coisa. Pelo disposto na norma, família é composta por homem e mulher.” A declaração desse aluno gerou desconforto em diversos colegas de classe, iniciando um debate sobre igualdade e reconhecimento. Por outro lado, os alunos que evitavam esse tipo de debate, teciam considerações principalmente por vias interpretativas. E, apesar de pesquisas de opinião revelarem que o público brasileiro é bem dividido sobre o tema, no momento de votação para conhecermos a decisão final deles, assim como no Supremo, o reconhecimento da união homoafetiva foi unânime.

No seminário, foi discutido o texto “Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro”, de Leandro Molhano Ribeiro

e Diego Werneck Arguelles, em que os autores fazem uma revisão de literatura sobre a teoria do realismo jurídico, além de um ensaio sobre o modelo atitudinal, em que o comportamento judicial dos tomadores de decisões pode ser influenciado por suas ideologias políticas, fator levado em consideração inclusive no momento da indicação presidencial para o cargo de ministro da Suprema Corte. Dois aspectos mereceram destaque a partir da discussão sugerida pelo texto: (i) é possível determinar um comportamento por meio da leitura de decisões judiciais?; (ii) se a ideologia é um fator capaz de determinar posicionamentos, como alguns ministros reconhecidamente religiosos manifestaram votos favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva? Durante o debate em sala de aula, as questões acima permitiram uma reflexão nos alunos: ministros podem se sentir constrangidos a votar de determinada forma provavelmente por influência midiática, da opinião pública ou grupos sociais com força política, tendo em vista a construção de uma legitimidade democrática ou até mesmo o esforço em garantir a efetividade de suas decisões.

As questões acima foram essenciais para a disciplina, pois demonstravam um aumento de maturidade da turma capaz de estabelecer um estranhamento com o objeto em análise – o Supremo Tribunal Federal. Isto é, os alunos começavam a entender aquele órgão e julgadores como algo não sagrado (Silva; Wang, 2010), passível de questionamentos e necessitando de estudos e pesquisas que pudessem fazer análises mais sofisticadas sobre o seu funcionamento. Aos poucos, ministros e autores que antes eram idolatrados por alguns alunos deixavam de ser para eles uma autoridade ou referência, passando a ser alvo de desconfiança e questionamentos.

3.5 A institucionalização da opinião pública: constrangimento e mudança no comportamento de magistrados

Em novo encontro com os alunos, foi realizada uma dinâmica diferente: antes de discutirmos na sessão simulada a interrupção de gravidez de feto anencefálico – ADPF nº. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, foi feita a simulação de uma audiência pública sobre o tema. Alguns alunos foram organizados de modo a representar os interesses de alguns grupos sociais, como médi-

cos e cientistas, religiosos, juristas e feministas. Cada um dos representantes dos grupos sociais listados apresentou um parecer com vistas a, além de esclarecer questões sobre o tema, definir o posicionamento do grupo que representava. O objetivo era oferecer argumentos aos alunos que representariam os ministros do STF na sessão simulada. Para tanto, a audiência pública ocorreu em uma aula específica a esse fim e, a sessão simulada e seminário, na aula seguinte.

Durante a manifestação dos alunos na simulação da audiência pública, por estarem defendendo posicionamentos bem diversos, o debate foi constante, com a demonstração de dois eventos: o apego por alguns alunos ao posicionamento defendido e o desprezo de alguns pelos argumentos alheios, além da tentativa de desvinculação aos papéis assumidos no debate por outros alunos. Enquanto alguns alunos demonstravam acreditar na pesquisa que estavam apresentando, refutando todos os argumentos que lhe fossem contrários na tentativa de vencer a disputa pelo conhecimento, outros faziam declarações no sentido de que a pesquisa apresentada não representava o seu posicionamento. Estes últimos pouco eram confrontados pelos colegas e participavam menos do debate. O principal fato a ser destacado nesta dinâmica pode ser representado pela fala de um aluno, que afirmou: “F., conhecendo você, não imaginava que fosse defender isso. Até me surpreendi com sua fala.” A surpresa e possível decepção desse aluno se justifica a partir da amizade e convivência que estabelecia com o colega de classe, sempre andando juntos e realizando trabalhos em grupo. Assim, os alunos começavam a viver na prática alguns dos conflitos vividos pelos próprios ministros do Supremo, como: a manifestação de determinado posicionamento pode também estar atreladas às relações socialmente estabelecidas.

Na prática simulada, os alunos centralizaram a discussão não apenas onde começava a vida, para determinar a existência ou não do aborto, mas no direito à liberdade do próprio corpo que a mulher tem ou deveria ter. Mas, a reflexão mais intensa neste encontro foi destinada aos seminários, com o texto “O Supremo Tribunal Federal e as audiências públicas”, de Juliana Livia Antunes da Rocha. A autora faz um estudo acerca de todas as audiências públicas já ocorridas no STF e aponta em que casos alguns dos argumen-

tos levantados nas audiências foram considerados pelos ministros nos votos por eles proferidos. A partir dessa reflexão, os alunos perceberam que, assim como os ministros do STF, poucos levavam em consideração os argumentos apresentados na audiência pública devido principalmente à liberdade que cada ministro possui para elaborar seu voto e apresentá-lo já finalizado na sessão de julgamento, antes mesmo de ouvir as sustentações orais (quando existem) das partes envolvidas no caso. Assim, discutiu-se a possibilidade de o sistema brasileiro de organização e funcionamento da Suprema Corte proporcionar esse evento ao estabelecer discussões e deliberações a portas abertas, em que os ministros precisam demonstrar diante do público uma eloquência em sua argumentação e raciocínio a fim de garantir a credibilidade da instituição.

Dentre outros encontros que ocorreram, vale destacar outros três. O primeiro deles se refere à discussão acerca do Fundo de Participação dos Estados – ADI nº. 1.987, Rel. Min. Gilmar Mendes, hipótese em que os ministros do Supremo tiveram que, na ausência de uma lei, definir o critério de rateio para a distribuição dos recursos acumulados no fundo de arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados para os Estados brasileiros – art. 152, I, da Constituição Federal. Nesse caso, os ministros do Supremo determinaram um prazo para o Congresso Nacional editar lei definindo os critérios de rateio, sob pena de os próprios ministros criarem uma comissão para fazê-lo. Passado o prazo e não enviada a proposta de lei que regulamentasse a distribuição de recursos do fundo, o Supremo concedeu novo prazo ao Congresso Nacional para fazê-lo.

Na oportunidade, foram discutidos reportagens e trechos do livro “Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais; a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?”, escrito por Rodrigo Brandão. As discussões foram centradas na preocupação que um órgão como o STF tem em garantir a efetividade de suas decisões, ainda que para isso tenha que adotar posturas não condizentes com o caráter do órgão, como criar a comissão para definir os critérios de rateio do fundo, ou ceder para que sua decisão não seja desrespeitada, como o fez concedendo um prazo

maior para o Congresso editar a lei. Essa preocupação denunciada pelas duas posturas narradas, para os alunos, foi vista também como uma adoção de medidas de manutenção de poder. Isto é, nas discussões travadas em sala de aula, os ministros do Supremo podem ter, no processo de tomada de decisão, preocupação em ter suas decisões seguidas. Dar a última palavra sobre a Constituição não seria uma garantia dos ministros do Supremo, mas uma necessidade.

Em aula destinada tão somente à ocorrência de um seminário, foi discutido o texto “*Deciding without deliberating*”, de Virgílio Afonso da Silva, em que o autor discute a ausência de deliberação no Supremo Tribunal Federal. Isso porque a deliberação sugere uma única decisão tomada pela Suprema Corte, e o que ocorre no Supremo é um processo diverso: cada ministro profere um voto em sessão de julgamento e a decisão se dá à pluralidade e soma dos votos proferidos. Neste encontro foi discutido com os alunos como a organização e o funcionamento do STF se diferem de outras Supremas Cortes, em que a discussão é aberta, mas com a deliberação ocorrendo em sessão fechada. Para alguns alunos, a deliberação ocorrer em sessão fechada poderia ser uma medida que desvinculasse o magistrado de algum posicionamento, pois nunca saberíamos quem votou em quê; outros alunos afirmaram que deliberar portas abertas era uma medida de exposição ao magistrado brasileiro por divulgar suas opiniões diante de todos, inclusive vinculando-o ao posicionamento proferido e permitindo uma previsibilidade de votos em situações futuras semelhantes. O que poderia ser ilustrado por uma frase de um aluno: “Aqui [no Brasil], um ministro não conseguiria atuar sem conceder entrevista, dar palestras ou ir às ruas sem ser notado. Para ele, isso representaria pouco poder”.

Por fim, destaco a discussão do caso conhecido como “mensalão” – AP nº. 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Nesse caso, a discussão ficou centrada na utilização ou não da teoria do domínio do fato, utilizada por alguns ministros do STF para fundamentar seus votos que condenaram alguns indiciados. Nesta aula, o debate teve participação maior dos alunos de período mais avançado na graduação, principalmente devido à motivação da existência de uma discussão de cunho mais teórico. Entretanto, no seminário,

onde foram discutidos o texto “A teoria do domínio do fato e a autoria colateral”, de Cezar Roberto Bitencourt, além de entrevista e reportagem com o jurista alemão Claus Roxin, principal liderança da teoria do domínio do fato, o debate sobre a utilização de uma teoria estrangeira no direito brasileiro foi bastante intenso. Isso porque, a teoria foi bastante utilizada dentre alguns ministros do Supremo e, após o jurista Claus Roxin visitar o Brasil e afirmar que a teoria não seria aplicada ao caso brasileiro, alguns alunos passaram a questionar a aplicabilidade de uma teoria importada ao direito brasileiro sem uma adequação à sua realidade social.

As dinâmicas, interações e reflexões destacadas neste tópico foram fundamentais para ser iniciada, em final de curso, uma discussão acerca do processo de construção do direito constitucional brasileiro (Santos; Silva, 2015) e, conseqüentemente, de como o seu ensino nas universidades é conduzido, questões que serão mais bem discutidas no tópico seguinte.

4 A sala de aula como um retrato do ensino do direito constitucional brasileiro

A experiência narrada no tópico anterior nos permite diversas reflexões a respeito do ensino do direito constitucional. Antes de discutirmos cada uma delas é preciso destacar que a disciplina criada e oferecida para a graduação em Direito foi feita nos moldes de uma atividade complementar eletiva, hipótese em que os professores fazem uma opção clara no modo de ministrá-la: ênfase no método proposto ou aprofundamento em assunto específico. A opção escolhida para a disciplina foi uma mistura a partir da proposta de relativização e estranhamento de temas e teses próprias do direito constitucional por meio de um método crítico-participativo (Ghiraldelli Junior, 2000). O resultado foi um olhar especial para a forma como o direito constitucional brasileiro é estudado e ensinado nas salas de aula das graduações em Direito do país.

4.1 A reprodução irrefletida e o argumento de autoridade

Dentre os objetivos da disciplina estavam o estímulo e desenvolvimento das competências crítica e argumentativa dos alunos. E um dos principais óbices a

esse processo era lidar, durante as aulas, com casos já apreciados e decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Devido a esta ocorrência, ficou estabelecido que para as sessões simuladas os alunos teriam acesso apenas ao relatório de cada um dos processos discutidos em sala de aula. Isto é, a partir da descrição dos casos, os alunos eram estimulados a refletir situações e teses que poderiam ser utilizadas para resolver as questões por eles demandadas. E aqueles que recorressem ao material extraclasse para conhecer as razões e teses jurídicas manifestadas pelos ministros do Supremo em seus votos estariam, por outro lado, desenvolvendo as habilidades de pesquisa e leitura.

Como consequência, durante as aulas surgiam não apenas questões mencionadas e enfrentadas pelos ministros do Supremo, mas principalmente questões sequer lembradas pelos ministros em seus votos e que poderiam contribuir à compreensão e deslinde do caso concreto. Por exemplo, na aula destinada à discussão da união homoafetiva, os alunos discutiram bastante a possibilidade da sociedade civil estar bem dividida sobre a demanda, tanto resistindo quanto apoiando a ideia, citando inclusive a existência grupos sociais que reivindicavam a equiparação de alguns direitos civis e grupos políticos contrários à ideia. Ao final da aula, os próprios alunos destacaram que o STF não chegou a discutir tais questões, dando a impressão de que a questão discutida era de fácil resolução e aceitação do público. Além disso, a discussão intensa sobre o fato que originou a demanda e permitiu que ela chegasse a ser apreciada pelo STF foi uma das características marcantes nos debates em sala de aula.

O exemplo acima é capaz de demonstrar uma das formas em que o ensino do direito constitucional é conduzido nas salas de aula brasileiras: os alunos estão acostumados a não refletir alternativas à resolução de problemas quando os ministros do Supremo já tenham se manifestado a respeito, porque o posicionamento da mais alta corte judiciária do país supostamente representa em si um argumento hierarquicamente superior aos demais. E, quando estimulada à reflexão nos alunos, por meio do estudo e problematização do caso concreto, ainda que deficiente de argumentos técnicos ou sofisticados, os alunos alcançam possíveis soluções ao seu deslinde que, por vezes, se aproximam inclusive aos alcança-

dos pelos ministros do Supremo. Esse cenário nos permitiria compreender o Direito como um campo estruturado para que apenas “pessoas autorizadas” afirmem como ele funciona, transmitidas principalmente a partir de livros e manuais. O objetivo é a reprodução do conhecimento de autoridades no assunto, de modo a ser repassado ora sem questionamento ora como um argumento hierarquicamente superior aos demais criando, assim, uma “verdade irrefutável” (Luppetti, 2010).

O processo de construção de uma autoridade no Direito parece ser simples: um autor escreve sobre um determinado tema e apresenta uma tese jurídica capaz de aparentemente pôr fim a um conflito. A tese criada possui vasta pesquisa bibliográfica apresentando diferentes redes de autores: autores mais tradicionais, autores que ocupam ou ocuparam profissões tradicionais no Direito (ministro, juiz, advogado, dentre outros), autores mais contemporâneos, dentre os quais, vários acadêmicos etc. E, no Direito, quem cita muitos autores demonstra domínio de conhecimento no assunto. Assim, esse autor, reproduzindo teses de outros autores, reinterpreta determinado fenômeno, cria novo entendimento e ele passa a ser difundido no campo jurídico como uma nova verdade. Esse “novo” entendimento passa a ser reproduzido e pouco questionado até ser considerado referência no assunto. Desse modo, autores que se tornam referência no Direito não são aqueles que apresentam um saber bem estruturado por meio de uma pesquisa, e sim aqueles mais bem difundidos, com teses repetidamente citadas por outros autores.

Neste sentido, destaca-se a expressão “doutrina jurídica”, em detrimento inclusive da categoria “teoria”. No Direito, os autores que se tornam referência são tratados como doutrinadores, e não como teóricos, pois estes assumem a possibilidade de superação de determinado entendimento formado, diferente do que ocorre com a doutrina. Vejamos explicação de Edgar Morin sobre o tema:

É preciso ensinar a diferença entre teoria e doutrina. Uma teoria, científica ou não, é viva na medida em que é capaz de responder a suas críticas por uma argumentação pertinente ou coerente, na medida em que ela pode dar conta dos fatos objetivos, eventu-

almente modificando-se pela integração dos mesmos. Quando for demonstrado que ela cessa de ser pertinente, ela aceita a própria morte. O que é próprio a uma teoria científica ou, simplesmente, viva é que ela é biodegradável. Enquanto uma doutrina recusa a morte fechando-se aos argumentos contrários, sempre referindo-se ao pensamento infalível do seu fundador. (Morin, 2011, p. 251)

Isto é, para os autores que se tornam referência no Direito é fundamental o reconhecimento como doutrinador, e não como teórico. Esse processo não lhe garante apenas *status*, mas também a certeza de que a sua tese permitirá que o seu nome continue a ser referência no cenário jurídico, independente de mudanças na própria realidade social, pois a sua tese é determinante de como a realidade deve ser. Daí o chamado “argumento de autoridade” (Kant de Lima, 2010), em que autores consolidam um entendimento sobre determinado fenômeno, tomando-lhes como verdade e sendo inclusive inquestionáveis. O processo acima se assemelha à produção de dogmas, responsáveis por estruturar o campo jurídico, não permitindo o contato dos juristas com categorias como “relativizar”, “estranhar”, “desnaturalizar”, dentre outras capazes de permitir uma compreensão maior do funcionamento do campo jurídico por meio do conhecimento e aproximação da realidade social (Luppetti, 2010).

A lógica descrita pode ter como exemplo o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro, responsável por analisar leis e atos normativos face à Constituição Federal, hipótese em que os ministros do Supremo buscam se afastar do funcionamento da realidade social para ponderar a adequação de teses no sistema jurídico vigente. A disputa por teses sem reflexão ou conhecimento acerca da realidade social citada é reproduzida nas salas de aula, onde o vencedor do debate não é aquele que mais aproxima o seu conhecimento do funcionamento da realidade social, e sim o que apresenta domínio do maior número de autores que escreveram a respeito, reproduzindo o seu conhecimento e lhe atribuindo o *status* de ser hierarquicamente superior aos argumentos apresentados pelos demais colegas.

4.2 O conflito e o contraditório como bases estruturais do Direito

Na disciplina proposta, a dinâmica das sessões simuladas representava esse momento de disputas por teses, momento em que acalorados debates sobre teses jurídicas eram travados por alunos, com demonstração de satisfação por aqueles que conseguiam superar o argumento do colega e supostamente se tornar vencedor no debate. O que demonstra que a base do Direito é o conflito, mas não apenas o causado por dinâmicas da vida social, mas também pelo travado por teses jurídicas capazes de determinar como “deve ser” a vida social. Ou nas palavras de Cardoso de Oliveira (2011, p. 453): “A rigor, a retórica do contraditório, estruturado como uma competição onde persuasão e elucidação (empírica) estão totalmente dissociadas, sugere que os fatos têm um peso muito pequeno no desfecho dos julgamentos.” É possível citar novamente como exemplo uma dinâmica utilizada em sala de aula em que foi realizada uma simulação da participação de *amicicuriae*, em que cada um dos alunos selecionados para apresentação representou um setor específico da sociedade civil a fim de defender os interesses de cada um deles. Em um dos discursos proferidos por F., os argumentos utilizados para defender os interesses do setor específico que representava geraram imediata e espontânea reação de um colega de classe e aparente amigo: “F., conhecendo você, não imaginava que fosse defender isso. Até me surpreendi com sua fala.” Em resposta, F. passa a utilizar todo o tempo de seu discurso para justificar sua fala e demonstrar maior robustez ao seu argumento, direcionando sempre olhares na direção de quem o havia interpelado.

O que deve ser destacado nessa dinâmica é o destaque à importância do contraditório no tribunal. Uma simples fala de um aluno foi capaz de desestabilizar o outro ao ponto de não conseguir estruturar seu raciocínio e usar seu tempo de fala não mais para vencer a discussão, mas para demonstrar robustez no argumento anteriormente lançado à discussão, deixando o fato que originou o debate em segundo plano. E esta dinâmica, assim como em outras aulas, impedia a construção e desenvolvimento do conteúdo a ser lançado em sala, motivo pelo qual a aula foi dividida em diferentes momentos, como um destinado ao es-

tabelecimento de um estranhamento às dinâmicas e questões discutidas nos julgamentos simulados por meio das apresentações dos seminários. Para estabelecer esse estranhamento proposto e conhecimento maior acerca dos fatos capazes de compor a realidade social, a segunda parte da disciplina foi proposta, demonstrando aos alunos a forma como o direito é estruturado, como o direito constitucional brasileiro é discutido nas salas de aula e, assim, compreendermos melhor o funcionamento do campo jurídico.

O primeiro estranhamento estabelecido pelos alunos foi o acesso à leitura obrigatória e complementar. Os textos selecionados para leitura eram em sua maioria artigos acadêmicos, publicados em periódicos, apresentados em congressos representativos da área, frutos de pesquisas empíricas realizadas no âmbito de um mestrado ou doutorado etc. Os textos apresentavam uma reflexão de relativização ao campo jurídico, em seus diferentes aspectos de funcionamento, buscando compreender a realidade social em vez de reproduzir dogmas e teses jurídicas. Um novo diálogo estava sendo estabelecido, principalmente por meio de uma nova leitura acerca dos livros e manuais de direito, a partir dos novos textos e autores a que estavam tendo acesso. Logo, o ensino manualizado do Direito, em que apenas “pessoas autorizadas” (Lupetti, 2010) podem disputar o conhecimento jurídico (Bourdieu, 1998), passava a ser relativizado pelos próprios alunos como uma forma de empoderamento do discurso jurídico a partir da criação de dogmas e doutrina seguidos de uma reprodução irrefletida.

4.3 O ensino manualizado do direito constitucional

Além disso, outro tipo de abordagem ganhou destaque: a forma como os livros e manuais de direito constitucional organizam o estudo da disciplina. Alguns dos livros e manuais conhecidos pelos alunos sistematizam a disciplina a partir da criação e estrutura (títulos, capítulos, artigos) das constituições brasileiras. O direito constitucional brasileiro é ensinado nos livros e manuais, e reproduzido nas salas de aula por quem os utiliza como principal referência, a partir principalmente da explicação acerca da aplicabilidade e alcance de cada uma das normas constantes nas constituições, apresentando modelos de como a realidade deve ser. No entanto, o modelo apresenta-

do ignora parte das dimensões políticas e históricas capazes de conformar o contexto ao qual o texto foi escrito (Bourdieu, 2002), dissociando-os inclusive do estudo da disciplina. Em texto escrito por Miaille (2010), é relatada uma experiência do autor ao ministrar na graduação em Direito o curso de Direito Constitucional, no qual destaca que o ensino da disciplina não é apenas uma disputa teórico-pedagógica, mas também política. Isto é, o estudo e ensino do direito constitucional se dissociado do projeto político contextual seria mais difícil de ser compreendido.

Essa aproximação fundamental do Direito com a Política, atribuindo-lhe um caráter mais interdisciplinar é pouco notado nos livros e manuais de Direito, o que é amplamente discutido nos artigos disponibilizados para leitura obrigatória e complementar das aulas propostas. E, conseqüentemente, os alunos começaram a perceber que a interdisciplinaridade proposta pelos autores e pesquisas trabalhadas no curso permite que os alunos visualizem o Direito não apenas em sua dimensão normativa (estudo de documentos normativos), mas também enquanto prática. Outro aspecto notado, ainda sobre os livros e manuais de Direito, é a forma como o olhar atribuído à realidade social é conduzido, sem apresentação de qualquer elemento empírico. Ou seja, os autores de Direito apresentam sofisticados argumentos e teses jurídicas para dizer como a realidade é quando, na verdade, tentam mascarar o desejo e imposição de como ela deve ser a partir de suas próprias preferências, o que é feito por meio de argumentação retórica, irrefletida e com referência às autoridades por eles identificadas.

A interdisciplinaridade proposta, vista não apenas como necessária, mas fundamental por Miaille (2010) na experiência por ele narrada, foi acompanhada do contato com alguns autores até então desconhecidos pelos próprios alunos, mas com experiência e ênfase na pesquisa em Direito. O que permitiu ao menos nos alunos dos períodos iniciais da graduação a percepção de que diversos deles nunca haviam tido acesso a pesquisas sobre direito constitucional que não fossem doutrinárias, ainda que seus professores fossem mestres e doutores.

Esse último fenômeno percebido pelos alunos apresenta outra importante questão a ser refletida

no ensino do Direito: parte dos professores mestres e doutores que compõem o quadro das graduações em Direito não realizaram, realizam ou orientam a realização de pesquisa que não seja bibliográfica. O que parece algo completamente contrário ao proposto pelos programas de pós-graduação *stricto sensu*. Deveria ser coerente a afirmativa de que todo professor-doutor é também um pesquisador e, consequentemente, habilitado a ministrar disciplinas de metodologia, realizar e orientar pesquisas. Mas, diante de nosso campo de análise, até mesmo professores doutores reproduzem saberes irrefletidos e distantes da realidade social em sala de aula.

4.4 Multiprofissionalismo

No Brasil, a cultura dos professores-doutores nas salas de aula das graduações em Direito é recente, sendo intensificado pelo fenômeno de expansão dos programas de pós-graduação *stricto sensu* ocorrido principalmente a partir da década de 70 (Santos; Silva, 2015), além da ampliação da oportunidade de internacionalização dos estudos. Este último fenômeno, estimulado pelo Centro de Estudo e Pesquisa no Ensino do Direito – CEPED, é destacado por Falcão (2012) ao explicitar o aproveitamento da formação obtida pelos profissionais que tiveram a oportunidade de fazer parte desse programa:

Este programa incorporava os mesmos dois objetivos – formar modernos profissionais jurídicos e jovens professores reformadores. Foi um conflituoso imenso sucesso. Conflituoso por que o jovem advogado com seu prestigiado diploma voltava ao Brasil convencido da tarefa de reformar o ensino, mas não tinha onde trabalhar como professor. Inexistia mercado para professores inovadores em ensino jurídico. As faculdades brasileiras, públicas ou privadas, pagavam muito mal. Só havia a possibilidade de ser professor horista, com salários semi-inexistentes. Professores de tempo integral, nem mesa nem cadeira para trabalhar tinham. Não havia condições físicas adequadas. Pesquisar nem pensar. Bibliotecas, raríssimas as atualizadas, na maioria eram particulares ou de escritórios de advocacia. (Falcão, 2012, p. 147)

O quadro demonstra a inexistência de um projeto de absorção dos profissionais que passaram por esse

processo de internacionalização de seus estudos. Como consequência, alguns desses profissionais iniciaram carreira fora do Brasil, aproveitando a rede lá estabelecida, enquanto outros foram absorvidos por escritórios brasileiros que poderiam “banciar a mão de obra qualificada”. Assim, esses profissionais passaram a utilizar os programas pós-graduação *stricto sensu* e o de internacionalização de estudos, juntamente do contato, experiência e formação diferenciada que possuíam para serem absorvidos por escritórios referências em determinadas áreas jurídicas, alcançando postos como sócios, advogado sênior, dentre outros. Desse modo, criou-se a cultura de que a formação em pós-graduação *stricto sensu* (nacional ou no exterior) poderia funcionar como trampolim ao exercício de carreiras jurídicas tradicionais (advogado, juiz, promotor de justiça, procurador do estado e da república, defensor público, dentre outros), e não para a dedicação ao ensino e à pesquisa.

Esse processo pode ter contribuído à criação da cultura do mestrado profissionalizante em Direito ou da utilização do doutorado como impulso a uma carreira jurídica tradicional (Lira, 1996). Isto é, para os juristas, criou-se a cultura de que a atividade principal dos pós-graduandos seria o trabalho prático, e não a academia, o que lhes garantiria prestígio na carreira. Garantidos o prestígio e *status* esperados, o jurista buscaria a academia como extensão e perpetuação de seu prestígio, reproduzindo nas salas de aula os conhecimentos adquiridos, fazendo seguidores e adeptos de sua ideologia e, consequentemente, legitimando seu *status* e prestígio. Daí a compreensão sobre o multiprofissionalismo no Direito: além de não investir o devido na mão de obra qualificada que busca (Adeodato, 1997) e estimular a acumulação de cargos e funções, capazes de transferir competências de uma atividade para outra devido às habilidades práticas e específicas requeridas por cada uma das diferentes profissões – advogado e professor, por exemplo (Geraldo, 2012), a academia jurídica tornou-se um espaço comum dessas trocas e complementações de habilidades.

4.5 A constitucionalização do Direito enquanto empoderamento do discurso jurídico

A transposição do reconhecimento do trabalho

prático dos juristas para as salas de aula parece ter também como objetivo a legitimação de um conhecimento particularizado, capaz de se tornar referência pelas teses desenvolvidas no seio de sua atuação profissional. É possível citar como exemplo a inclusão recente no direito constitucional brasileiro da noção de direito subjetivo, categoria inicialmente incorporada ao direito civil. Com o aumento da especialização dos juristas, e principalmente após a Constituição Federal de 1988, surgiu no seio das disputas judiciais a noção de que os direitos constitucionalmente previstos possuíam aplicação imediata, permitindo que o cidadão brasileiro recorresse ao Poder Judiciário, se preciso fosse, para ter o seu direito garantido e promovido, tendo Luis Roberto Barroso (1990) como principal liderança desse movimento. A Constituição Federal passou a não ser mais entendida como uma carta indicativa de programas a serem seguidos pelo governo; uma vez ali estabelecidos, os direitos não promovidos poderiam ser questionados judicialmente e garantidos por decisão judicial.

A partir desse fenômeno, os juristas perceberam que a constitucionalização do discurso jurídico empoderava o seu argumento e lhe garantiria um pleito judicial. O que estimulou que diversas categorias jurídicas fossem constitucionalizadas, atribuindo aos juristas a necessidade de teorização ou racionalização das categorias trabalhadas. Esse processo permite um diferente fenômeno no direito constitucional brasileiro, podendo ser estendido a todo o ensino do Direito: a disputa pelo conhecimento travada nos tribunais permite que novas categorias surjam como forma de superação do argumento alheio, estimulando primeiro o surgimento de categorias e, depois, a sua teorização, em vez de se buscar o funcionamento da categoria antes de utilizá-la.

O processo de constitucionalização do discurso gera ainda outra consequência: como o STF é o intérprete da Constituição e, conseqüentemente das “categorias constitucionalizadas”, ele passa a ser cada vez mais demandado a se manifestar neste processo, fixando entendimento e ampliando o seu poder a partir das decisões que profere, regulando inclusive o funcionamento de determinadas categorias (transcendência dos motivos determinantes, modulação dos efeitos, mutação constitucional, dentre outros

exemplos). Nesse cenário em que ao mesmo tempo que o STF se torna arena de debates (Scheingold, 2004; Rosenberg, 2007) e detentor da última palavra judicial sobre o que é o Direito (Brandão, 2012), juristas e STF passam a enxergar o órgão como algo sagrado, onde são definidas as mazelas da vida social, inclusive transformando-os em autoridades e não questionando os posicionamentos fixados.

Essa sacralização do Supremo é também reproduzida nas salas de aula, com alguns professores estimulando em seus alunos a percepção de que o correto e o defendido pelo órgão devem igualmente ser seguidos. A sacralização de uma instituição como o STF estimula o ambiente de disputas pelo direito de dizer o Direito (Bourdieu, 1998), pois aquele que possui uma tese vencedora e reconhecida por essa instituição sagrada recebe prestígio, eleva seu *status*, passa a ser citado, podendo tal entendimento virar inclusive um dogma.

Essas questões, que são apenas enunciadas neste *paper*, são fundamentais à compreensão do estudo e ensino do Direito constitucional brasileiro, destacando importantes questões a serem refletidas, que não estão apenas restritas ao direito constitucional, mas a todo o processo ensino-aprendizagem do Direito. A disciplina proposta alcançou seu objetivo na medida em que estimulou o estranhamento aqui sugerido, a relativização de saberes aparentemente consolidados e nativos aos juristas, a compreensão mínima de funcionamento do campo jurídico e o destaque à necessidade de interdisciplinaridade, produção do conhecimento e reflexividade a respeito das categorias, instituições, suas estruturas e funcionalidades. Além disso, foi possível trabalhar ainda temas de grande repercussão social, política e jurídica – próprios do direito constitucional –, não se afastando do conteúdo da disciplina, ao mesmo tempo em que se estimulavam diferentes habilidades e competências como a relativização de um saber já estabelecido e o estranhamento com o campo estudado.

5 Considerações finais – refletindo o ensino do Direito a partir da pesquisa

A criação da disciplina nos moldes aqui descritos permitiu inúmeras reflexões sobre o ensino do Direito a partir do olhar especialmente atribuído ao direito

constitucional. Como exemplo, por meio da leitura obrigatória e complementar, além das dinâmicas, interações e reflexões ocorridas em sala de aula, a discussão sobre “como os ministros decidem” estimulou nos alunos a percepção acerca do empenho intelectual empregado pela doutrina jurídica em racionalizar comportamentos não observáveis, além da insuficiência de elementos para investigar o que a própria doutrina sugere como sendo a realidade social. Com a identificação de fatores institucionais e sociais, somados aos jurídicos, capazes de influenciar a tomada de decisão, como escolha de assessores, clamor popular, influência midiática, alto volume de processos e impossibilidade de atribuir especial atenção a cada um deles, dentre outras questões, os alunos perceberam a necessidade de readequação ao problema de pesquisa, como a mudança da pergunta feita por quem dedica estudos à análise do processo decisório: em vez de investigar “como os ministros decidem?”, seria mais adequado investigar “como as decisões são produzidas?”.

A mudança da pergunta no exemplo acima indica alguns efeitos que a abordagem do direito constitucional aqui proposta pode ter, como a distinção de como o campo jurídico é lido pela doutrina e como ele funciona ou como seus atores dizem que ele efetivamente é. Apenas a identificação desse cenário permite a compreensão de possíveis inconsistências no sistema de ensino do Direito no Brasil, e, por que não, no sistema jurídico brasileiro.

Compreender o Supremo Tribunal Federal como um órgão não sagrado, atestar a falta de racionalidade jurídica no uso de categorias (constitucionais ou não), entender o processo de constitucionalização do discurso como meio de empoderá-lo e superar o argumento alheio, reproduzir teses como meio de legitimação de conhecimento técnico-jurídico, ser citado para aumento de prestígio e elevação de *status* na carreira, buscar referências nas profissões jurídicas tradicionais, tecer leituras esquematizadas facilitadoras de estudo para concursos ou OAB, dentre outros, são alguns dos elementos que permitem a distinção de como o campo jurídico é lido e ensinado nas salas de aula para como funciona na sociedade, o que é fundamental para compreendê-lo e, conseqüentemente, estimular o seu ensino mais reflexivo

nas salas de aula das graduações brasileiras.

O estranhamento, relativização e desnaturalização aqui sugeridos não são simples de serem realizados, existindo alguns instrumentos hábeis ao estímulo desse processo, como a pesquisa, por exemplo. A pesquisa deve ser vista como uma ferramenta capaz de proporcionar ao estudante de Direito o desenvolvimento de competências e aprimoramento de habilidades que atualmente são instrumentais ao saber; como a capacidade de conhecer o próprio meio ao qual está inserido e propor soluções singulares e adequadas às suas reais demandas. Para tanto, mais que observador, é preciso ser participante, características possíveis de serem desenvolvidas a partir do estímulo à produção de pesquisas no seio da universidade.

Isso porque a imersão no campo jurídico tão somente a partir da normatividade, conforme proposto pelo ensino tradicional do Direito, pode representar não apenas uma preparação e adequação às demandas do mercado de trabalho como as graduações em Direito argumentam, mas também uma postura pouco comprometida com a formação do estudante ao menosprezar o desenvolvimento de habilidades de pesquisa. Não se está afirmando aqui que as faculdades de Direito do país devessem oferecer, em sua formação, o desenvolvimento da capacidade de pesquisadores em seus alunos, além do oferecimento do “título” de juristas. Mas o compromisso a ser assumido na nova formação do estudante de Direito é o de possibilitar o aprendizado de uma ferramenta que contribua ao aprimoramento de habilidades específicas no estudante, como: a observação e compreensão da sociedade em que vivem.

O estímulo ao desenvolvimento de tais competências requer mudanças claras na metodologia de ensino estimulada pelas instituições e utilizadas pelos professores, além do forte investimento no capital humano (professores-pesquisadores qualificados) e em sua infraestrutura (como grande acervo de consulta de livros e periódicos, salas de estudo, grupos de pesquisa etc.). A deficiência do ensino nas faculdades de Direito é capaz de comprometer todo o sistema jurídico devido à falsa impressão de uma formação qualificada, quando o produto que se está oferecendo no mercado de trabalho é um profissional basicamente

preparado para advogar em grandes e contemporâneas demandas.

Com vistas à possibilidade de proporcionar uma mudança estrutural no ensino do Direito, algumas questões devem imediatamente ser enfrentadas: (i) a possibilidade de maior abertura de diálogo com outras áreas do saber, como a política, economia, sociologia, antropologia, dentre outras; e (ii) o desenvolvimento de um novo pensamento na formação acadêmica do estudante de Direito a iniciar pelos projetos políticos pedagógicos das instituições de ensino, que não parecem ter um público alvo definido, tendo um descomprometimento singular com o ensino do Direito no país. Para uma melhora do estudo e ensino do direito no Brasil não basta decifrar e discutir pensamentos e ideias, é preciso conhecer, refletir, compreender e, sobretudo, mudar práticas. Trata-se de um potencial a ser atingido principalmente a partir das habilidades e competências que as pesquisas são capazes de estimular, bastando-nos incluí-las como instrumentos fundamentais ao conhecimento, compreensão e estranhamento necessários ao fenômeno jurídico.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Adeodato, J. M. (1997). Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. In: *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, 8, 201-224.
- Barroso, L. R. (1990). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Tese de livre-docência, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
- Bernstein, B. (1990). *Class, codes and Control*, Vol. IV: The structuring of pedagogic discourse. London: Routledge.
- Bourdieu, P. (1998). *O poder simbólico* (2a ed.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Bourdieu, P. Passeron, J. C. (2002). As condições sociais da circulação internacional das ideias. *Enfoques*, 1(01), IV-117.
- Bourdieu, P. Passeron, J. C. (2011). *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Petrópolis: Vozes.
- Brandão, R. (2012). *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro.
- Brasil (2004). *Resolução do Conselho Nacional de Educação – Câmara de Educação Superior n. 09*, de 27 de setembro de 2004. Institui as diretrizes curriculares nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 28.abr.2016.
- Cardoso de Oliveira, L. R. (2011). A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia*, 53(2), 451-473.
- Dias, R. D. (2014). *Relações de poder e controle no currículo do curso de direito da FURG*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas, UFPEL.
- Falcão, J. (2012). Reforma da educação jurídica: continuidade sem continuísmos. In: Lacerda, G. Falcão, J. Rangel, T. (Org). *A Aventura e Legado no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 138-161.
- Fazenda, I. C. A. (1992). *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia?* São Paulo: Loyola.
- Ferreira Filho, M. G. (2002). *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva.
- Flick, U. (2005). *Métodos qualitativos na investigação científica*. Lisboa: Monitor.
- Frigotto, G. (1992). A interdisciplinaridade como necessidade e como nas ciências sociais. In: *Seminário de Educação/92 – Interdisciplinaridade – o pensado, o vivido*. Cuiabá: UFMT.
- Geraldo, P. H. B. (2012). *O multiprofissionalismo à prova da instituição judiciária: uma análise do processo de estigmatização dos juizes de proximidade em França*. In: III Seminário do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFSCAR, São Carlos. Sessões dos GTs, Comunicações orais e pôsteres.
- Ghiraldelli Junior, P. (2000). *Didática e teorias educacionais*. Rio de Janeiro: DP&A.
- Japiassú, H. (1976). *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago.
- Kant de Lima, R. (1995). *Da inquirição ao júri, do trial-by-jury a pleabargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/Estados Unidos)*. Tese para Professor Titular da Universidade Federal Fluminense.
- Kant de Lima, R. (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 2, 25-51.
- Lenoir, T. (2004). A disciplina da natureza e a natureza das disciplinas. In: Lenoir, T. *Instituindo a ciência: a produção cultural das disciplinas científicas*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 62-98.
- Lenza, P. (2013). *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva.
- Lira, R. P. (1996). Problemas e perspectivas da Pós-graduação na área do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 29(29), 73-85.
- Lopes, A. C. (2008). *Políticas de integração curricular*. Rio de Janeiro: EdUERJ.
- Lupetti, B. B. (2010). A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições. In: Kant de Lima, R.; Eilbaum, L.; Pires, L. (Org.) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada, Vol. II*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 127-152.
- Lyra Filho, R. (1980). *O direito que se ensina errado (sobre a reforma do ensino jurídico)*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB.
- Mendes, G. F. Coelho, I. M. Branco, P. G. G. (2012). *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva.
- Miaille, M. (2010). Ensinar o direito constitucional: a crítica do direito à prova. In: Mont'alverne, M.;

- Bello, E. (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Miaille, M. Fontainha, F.de C. (2010). O ensino do Direito na França. *Revista Direito GV*, 6(1),59-66.
- Moraes, A. (2012). *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas Editora.
- Morin, E. (2011). *A via, para o futuro da humanidade*. São Paulo: Bertrand Brasil.
- Nalini, J. R. Carlini, A. (2010). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense.
- Perrenoud, P. (1999). Construir competências é virar as costas aos saberes? *Pátio: Revista pedagógica*, 11, 15-19.
- Rodrigues, H. W. (2005). *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Rosenberg, G. N. (2007). *The hollow hope: can courts bring about social change*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Santos, B. de S. (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez Editora.
- Santos, C. V. N. dos; Silva, G.B. (2015). Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro. *Confluências*, 17, 80-91.
- Silva, J. A. da. (1994). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Rio de Janeiro: Malheiros.
- Silva, V. A. da; Wang, D. W.L. (2010). Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Revista Direito GV*, 6(1), 95-118.
- Scheingold, S. A. (2004). *The politics of rights: lawyers, public policy, and political change*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Unger, R. M. (2005). Uma nova faculdade de Direito no Brasil. *Cadernos FGV Direito Rio: Educação e Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio.
- Veiga-Neto, A. J. (1995). Currículo, disciplina e interdisciplinaridade. *Ideias - Revista da Fundação Para o Desenvolvimento da Educação*, 26, 105-119.
- Veiga-Neto, A. J. (2002). De geometrias, currículos e diferenças. *Educação & Sociedade*, 23(79), 163-186.
- Warat, L. A. (2004). *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

DA INTERDIÇÃO CIVIL À TOMADA DE DECISÃO APOIADA: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência // *Cícero Pereira Alencar*¹, *Daniel Adolpho Daltin Assis*² e *Luciana Barbosa Musse*³

Palavras-chave

capacidade / curatela / direitos humanos / interdição civil / tomada de decisão apoiada

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**
 - 2.1 O que é Deficiência para a CDPD?
 - 2.2 A quem objetiva proteger: quem são as pessoas com deficiência?
 - 2.3 Reconhecimento igual perante a lei
- 3 Regulamentação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**
- 4 Congruências entre a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**
- 5 Cenário Local: uma mirada sobre a interdição judicial em Minas Gerais**
 - 5.1 Por que falar sobre interdição?
 - 5.2 Por que Minas Gerais?
 - 5.3 Resultados
- 6 Considerações Finais**
- 7 Referências**

Resumo

Este artigo aborda o impacto jurídico e social da internalização, no Direito Brasileiro, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD, 2008) e sua regulamentação - por meio da Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI). O foco da análise será o reconhecimento da capacidade e da efetividade dos direitos humanos das pessoas com deficiência e seus reflexos nos institutos jurídicos da curatela e da interdição civil. Para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental e, a partir da teoria de justiça social, pautada pelas capacidades, de Martha C. Nussbaum, e da crítica dos direitos humanos, de Joaquín Herrera Flores, buscou-se verificar se os Tribunais de Justiça brasileiros têm aplicado a CDPD, pois, em tese, quanto maior a adesão à Convenção, maior o reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência; e, logo, menor o número de processos judiciais de interdição civil. Os resultados obtidos, por meio da análise dos dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relativos aos anos de 2010 a 2014, contudo, indicam outra direção.

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Atualmente atua como colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal.

2 Graduado em Direito (PUC-SP) e mestre em Adolescência e Conflitualidade (UNIBAN-SP). Advogado popular em direitos humanos e saúde mental. Atualmente, é Analista Técnico de Políticas Sociais do Ministério da Saúde.

3 Graduada em Direito e Psicologia (UFU). Doutora e Mestre em Direito (PUC/SP). Professora da Graduação em Direito do UnICEUB.

FROM CIVIL INTERDICTION TO SUPPORTED DECISION-MAKING:

a necessary change in the recognition of legal capacity and human rights of people with disabilities // *Cícero Pereira Alencar, Daniel Adolfo*

Daltin Assis and Luciana Barbosa Musse

Keywords

legal capacity / guardianship / human rights / civil interdiction / supported decision-making

////////////////////////////////////

Abstract

This article discusses the legal and social impact of the internalization, within the Brazilian law, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD, 2008) and its regulations - through the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities (LBI). The focus of the analysis is the recognition of the legal capacity and the effectiveness of the human rights of persons with disabilities and their impact on legal institutions of guardianship and civil interdiction. To this end, a bibliographical and documentary research was conducted and, based on the theory of social justice, by Martha C. Nussbaum, embedded on the concept of capacity, as well as the critical theory of human rights, by Joaquín Herrera Flores. Our goal was to investigate whether the Brazilian Courts of Appeal had applied the CRPD. In theory, the higher the observance of the Convention, the greater the recognition of the autonomy and legal capacity of persons with disabilities; and thus lower the number of the cases of civil interdiction. The results obtained from the analysis of the data from the Court of Appeal of the state of Minas Gerais, from the period of 2010-2014, indicate findings on the opposite direction.

1 Introdução

Aclamada como a primeira convenção internacional sobre direitos humanos recepcionada com o atributo de emenda constitucional, em 2008, conforme estabelece o artigo 5º, § 3º da Constituição Brasileira, a internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) trouxe uma série de desafios ao Estado brasileiro. Dentre esses desafios, destacamos como objeto de análise deste artigo a regra fixada no seu artigo 12, que aborda, em sentido lato, o igual reconhecimento, perante a lei, das pessoas com deficiência e quaisquer outras pessoas.

Nesse dispositivo, a CDPD estabelece cinco compromissos a serem cumpridos pelos Estados partes. São eles: (i) o reconhecimento das pessoas com deficiência como pessoas perante a lei; (ii) o reconhecimento “[...] que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”; (iii) a adoção de “[...] medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal”; (iv) o asseguramento “[...] que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, aplicadas pelo período mais curto possível e, enfim, sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”. Ademais, pretende-se (v) o asseguramento de todas as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência recebam tratamento igualitário, na esfera patrimonial.

Para enfrentar o impacto jurídico e social que as questões postas nesse e nos dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência), recorreremos brevemente à teoria de justiça social pautada pelas capacidades, de

Martha C. Nussbaum (2013) e à teoria crítica dos direitos humanos, de Joaquín Herrera Flores (2009; 2010).

A teoria de justiça social pautada pelas capacidades, proposta por Martha C. Nussbaum (2013) parte da noção aristotélica de pessoa como animal político e social, cuja dignidade não deriva de uma racionalidade idealizada” (Nussbaum, 2013, p. 122; p. 195). Nessa linha, reconhece como cidadãos plenos e iguais as crianças e os adultos com deficiência mental ou intelectual, ali denominados “com impedimentos mentais” e critica o modo insatisfatório como as teorias de justiça de matriz contratualista - notadamente a teoria de justiça de John Rawls - tratam esse grupo de indivíduos, pois nessas teorias, “[...] que concebem os princípios básicos da política como o resultado de um contrato para vantagem mútua” e levam em conta “os impedimentos mentais graves e suas deficiências associadas” apenas depois de estabelecidas as instituições básicas da sociedade. “Na prática, isso significa que pessoas com impedimentos mentais não estão entre aquelas para as quais e em reciprocidade com as quais as instituições básicas da sociedade estão estruturadas” (Nussbaum, 2013, p. 121). Para a autora, um tratamento justo das pessoas com deficiência requer, inclusive, se necessário “[...] a realização de arranjos sociais atípicos, incluindo diversos tipos de assistência, se queremos que tenham vida socialmente integradas e produtivas” (Nussbaum, 2013, p. 122). Em síntese, a perspectiva das capacidades requer respostas às seguintes perguntas: “o que a pessoa com deficiência pode ser e fazer?” e “essa pessoa é capaz disso ou não?”. “A pergunta refere-se não apenas à satisfação de uma pessoa com o que faz, mas também ao que ela faz e ao que ela tem a possibilidade de fazer (quais as suas oportunidades e liberdades)” (Nussbaum, 2010, p. 28).

A teoria crítica de direitos humanos, por sua vez, foi escolhida porque Herrera Flores aposta em um humanismo concreto ou, em outros termos “[...] em uma condição humana sustentada nessa capacidade de fazer e desfazer mundos, de irromper no real com nossas teorias e nossas práticas sociais, que nos faz seres humanos completos” (Flores, 2009, p. 08). Nesse processo de tornar-se humano, continua Herrera Flores, a ênfase deve ser dada à “[...] sua facilitação ou obstaculização da capacidade de transformação

do existente em função de uma maior dignidade” (das pessoas com deficiência). Entende os direitos humanos como “[...] produtos culturais que facilitem a construção das atitudes e aptidões que nos permitam poder fazer nossas vidas com o máximo de dignidade” (Flores, 2009, p. 12).

Trazemos, ainda, a interpretação - feita pela literatura especializada e pelos atores sociais e institucionais - dos conceitos de “pessoa com deficiência”, “capacidade” e “tomada de decisão apoiada” adotados pela referida Convenção e sua (não) incorporação pela literatura especializada e pelos atores sociais e institucionais; bem como de seus reflexos, para os propósitos deste artigo, nos institutos jurídicos da curatela e da interdição.

Para tal, realizamos pesquisa bibliográfica e documental e verificamos se os Tribunais de Justiça dos Estados-Membros da Federação Brasileira e do Distrito Federal – ilustrados pelos dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais - têm aplicado a CDPD, pois, em tese, quanto maior a adesão à referida Convenção, maior o reconhecimento jurídico e social das pessoas com deficiência como atores sociais, dotados de autonomia e que “[...] gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Assim, menor o número de pessoas com deficiência submetidas a processos judiciais de interdição civil e à curatela.

O percurso traçado neste artigo inicia-se com análise da CDPD, notadamente a concepção de “deficiência” e “pessoa com deficiência” por ela incorporados. Em um passo subsequente enfrentamos sua regulamentação por intermédio da recém promulgada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI). Na sequência, analisamos as congruências existentes entre a CDPD e a LBI. Encerramos nossa reflexão abordando, à luz da CDPD, da LBI, da teoria de justiça social pautada pelas capacidades, de Nussbaum, e da teoria crítica de Herrera Flores os processos de interdição realizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no período de 2010 a 2014, e suas consequências na autonomia e no reconhecimento das pessoas com deficiência como atores sociais que devem protagonizar sua própria existência.

2 A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

No final da década 2000, o Brasil subscrevia a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD (ONU, 2008), ratificada por intermédio do Decreto Legislativo n. 186/2008 e promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009 (Brasil, 2009). Primeiro documento internacional de proteção dos direitos humanos com valor constitucional, a CDPD conceitua “deficiência” e estende às pessoas com deficiência a condição de “exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (art. 1o).

2.1 O que é deficiência para a CDPD?

Importante destacar que o conceito de “deficiência” proposto pela CDPD busca superar a visão exclusivamente biomédica agregando a ela “uma matriz de direitos humanos”. Assim, a “deficiência” passa a ser reconhecida como fruto não apenas de condições físicas, mentais ou intelectuais da pessoa, mas também de fatores sociais, políticos e econômicos, tais como o alijamento político e social, a opressão, a discriminação e a exclusão a que são submetidas as pessoas com deficiência (Diniz; Barbosa; Santos, 2009).

Para tanto é preciso desviar o olhar da incapacidade do indivíduo e considerar a sua funcionalidade. Abordagem essa perfeitamente alinhada com a proposta da Organização Mundial de Saúde (OMS) que vem adotando a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) (OMS, 2003) como forma integral de diagnosticar uma condição de saúde que vai além da doença, tal como ocorre com a Classificação Internacional de Doenças (CID) nas suas várias versões, sendo a última a CID-10 (OMS, 2008; Sampaio *et al.*, 2005).

É nesse salto que podemos nos desprender da CID-10 e agarrar-nos à CIF (OMS, 2003). Publicada pela OMS em 2001, constitui-se documento demarcador da emancipação explicada ao instituir a organização de preceitos éticos, técnicos e políticos orientados pelos marcos regulatórios de proteção de direitos humanos e articulados pelo paradigma das necessidades em saúde e habilidades individuais e sociais (“relacionadas com saúde”), bem como dos fatores de risco de agravamento da deficiência por causas evitá-

veis. E retoma o conceito de deficiência, situando-a como um “conceito guarda-chuva” e agregador do impedimento-atributo com os determinantes sociais em contexto de desigualdade coexistente com aquela relação ou decorrente dela, uma vez que “deficiência é uma experiência cultural e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico de anomalias” (Diniz; Barbosa; Santos, 2009, p. 69).

O termo capacidade adotado pela CIF é, portanto, mais amplo, por focar não nas limitações cognitivas, mas na funcionalidade e nas potencialidades, que podem ser maximizadas por considerar os aspectos biopsicossociais. Com enfoque na funcionalidade, não na limitação do indivíduo, deixamos de lado suas “faltas”, seus “defeitos” e valorizamos suas capacidades e potencialidades perante o Estado, a família e a sociedade. Torna-se claro, ademais, que deficiência não é o oposto a eficiência, a que é a palavra ineficiência que se contrapõe. Assim, as noções de saúde e incapacidade tomam nova dimensão, pois reconhecem que todo ser humano pode experimentar uma perda ou diminuição na sua saúde e, portanto, experimentar alguma incapacidade, sem com isso comprometer todo o seu ser, todo o seu desempenho, pessoal e social. A legislação que regulamenta o Benefício de Prestação Continuada (BPC)⁴ já incorporou esse conceito de deficiência, ajustando-se ao preconizado pela CDPD e pela Constituição Federal.

A incapacidade - de caráter transitório ou permanente, que pode ser mensurada, graduada e, principalmente, superada - passa a ser compreendida, então,

4 O Benefício de Prestação Continuada (BPC) “é um benefício da Política de Assistência Social, individual, não vitalício e intransferível, que garante a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O BPC foi instituído pela Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e pelas Leis nº 12.435, de 06 de julho de 2011 e nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, que alteram dispositivos da LOAS e pelos Decretos nº 6.214/2007 e nº 6.564/2008. Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social. Benefício de Prestação Continuada. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/bpc-beneficio-de-prestacao-continuada-1/bpc-beneficio-de-prestacao-continuada>. Acesso em: 11 ago. 2015.

como inerente ao humano e não a um determinado grupo social. Em sentido oposto à CDPD e à Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro (2002) ainda adota o paradigma biomédico para abordar o problema da (in)capacidade e disciplinar os institutos da curatela e da interdição, de acordo com o que será exposto adiante. Metonimicamente, o Poder Judiciário Brasileiro, na figura do mineiro, também vem adotando posição antagônica à CDPD e à Constituição Federal, pois tem aumentado o número de interdições, apesar de a “deficiência” não tornar, necessariamente, o indivíduo incapaz ou improdutivo, como será abordado em breve (Mângia; Muramoto; Lancman, 2008). Essa tendência também foi identificada por Alencar (2014) no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, representado por Ceilândia.

Ao se reconhecer a pluralidade de elementos que caracterizam a “deficiência” e a (in)capacidade, por intermédio da fusão dos modelos biomédico e social, a CDPD amplia os limites e o alcance do grupo social “pessoas com deficiência”, conforme a seguir exposto.

2.2 A quem objetiva proteger: quem são as pessoas com deficiência?

Por décadas (anos 70 e 80), o modelo biomédico manteve-se hegemônico e o olhar que se lançava sobre a “pessoa com deficiência” era pautado exclusivamente pelos critérios de “habilitação” ou “reabilitação”. A deficiência era vista, ainda, como uma questão de ordem individual e afeta à esfera privada da pessoa. (Maior, 2013, p. 5).

A partir dos anos 80, especialmente após 1981 - declarado pela ONU como o ano internacional da pessoa deficiente -, o movimento social inseriu-se na luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, o que contribuiu para a assunção do modelo social, na década de 90. Desde então, a deficiência passa a ser reconhecida também como uma problemática social, de ordem pública, que requer a atuação do Estado e da sociedade ao lado da família. (Maior, 2013, p. 5).

Ao adotar o modelo biopsicossocial, a CDPD objetiva proteger o maior número de pessoas que, em virtude de sua condição pessoal, social, política e econômica apresentam “deficiência”, entendida como “(...) im-

pedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Nesse sentido, também se encontram abrangidos pelo conceito “pessoas com deficiência” e, portanto, protegidos pela CDPD, as pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas.

Para dirimir eventual dúvida acerca das nomenclaturas que autorizam a qualificação do sujeito como titular dos direitos das pessoas com deficiência, importa realizar algumas conexões conceituais. Do ponto de vista biomédico, de acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (atualmente, CID-10, 2008), todos os transtornos mentais admitidos pela ordem médica legitimada pela Organização Mundial de Saúde da Organização das Nações Unidas (OMS/ONU) estão incluídos em seu *Capítulo V – Transtornos mentais e comportamentais (F 00 – F 99)*. Ao se enfronhar nesse capítulo, encontram-se exemplos clássicos que representam a deficiência mental/intelectual, como o autismo infantil (F 84.0) e autismo atípico (F 84.1), além dos retardos mentais (leve, moderado, grave, profundo e não especificado) (OMS, 2008). Nesse mesmo quadrante (“F”), identificamos o subcapítulo *F10-F19 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa*, fato que informa estarem os transtornos mentais – sejam os decorrentes ou associados ao uso de drogas, sejam os retardos e autismos – inseridos na mesma categoria que, logo, também pode ser denominada “deficiência mental/intelectual” (OMS, 2008).

Do ponto de vista jurídico, legisladores e juristas brasileiros, em distintos momentos, utilizaram termos diversos para designar, à margem da melhor base científica, as pessoas às quais atualmente se atribuem transtornos mentais: O Código Penal atual, em seu artigo 26, identifica-as como pessoas com “doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (Brasil, 1940). O vigente Código Civil (Brasil, 2002) elenca como: pessoas com “enfermidade ou deficiência mental” (artigo 3o) e “sem desenvolvimento mental completo” (artigo 4o), sem

deixar de a elas equivaler também “ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (artigo 4o). A Constituição Federal – por fim e por um recomeço democrático – denominou-as “pessoas portadoras de deficiência” (Brasil, 1988).

A lei federal n. 10.216/01 (Brasil, 2001), conhecida como Lei Paulo Delgado ou Lei da Reforma Psiquiátrica, oficializa a expressão “pessoas portadoras de transtornos mentais”. Ainda que tenha antecedido o atual Código Civil (2002), não há incompatibilidade jurídica entre as nomenclaturas, a despeito de se saber, no âmbito dos movimentos sociais – calcados em legislação específica – haver divergência conceitual e semântica. Vejamos.

O Decreto n. 3.298/99 (Brasil, 1999) define como deficiência mental o “funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas” (artigo 4o, IV), como comunicação, cuidado pessoal e habilidades sociais. Essas, vale lembrar, são dificuldades notáveis em algumas pessoas com transtorno mental, decorrentes, por exemplo, de internação de longa permanência na qual sofreram intervenções elétricas, neuro-cirúrgicas ou químicas. Sabe-se que são muitas as que deram entrada em hospitais psiquiátricos quando adultas, razão pela qual cai por terra a particular condição “com manifestação antes dos dezoito anos”, a determinar o conceito de deficiência mental.

No Relatório Final da III Conferência Nacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Brasil, 2013, p. 108)⁵, no item Saúde, recomenda-se, entre outras assertivas, incluir pessoas com transtorno mental “bem como suas famílias” e finalizam: “Garantir, ampliar e qualificar a rede estadual e municipal de atendimento à saúde mental com a implementação de mais CAPS 3 (Centro de atenção Psicossocial), CAPS-AD

⁵Para além da perspectiva científico-institucional estabelecida na CID-10 (OMS, 2008), na Moção de Apoio n. 07, os conferencistas reconheceram o autismo como transtorno mental de modo a confirmar que “Em 02 de abril de 2010 (Dia Mundial da Conscientização do Autismo), o Secretário Geral da ONU, Ban Ki-Moon, afirmou que todas as pessoas com autismo são consideradas por esta organização como pessoas com deficiência” (Brasil, 2013, p. 108).

(Centro de atenção Psicossocial - Álcool e Drogas) e CAPS infantil” (Brasil, 2013, p. 75). Sendo esses os pontos de atenção da Rede de Atenção Psicossocial, organizada na Portaria GM/MS n. 3.088/11 (Brasil, 2011), em acordo com a lei federal n. 10.216/01 – que dispõe sobre os direitos das pessoas com transtornos mentais -, podemos concluir que esse circuito normativo nacional nos autoriza à realização da equivalência entre pessoas com transtornos mentais e pessoas com deficiência mental/intelectual. Sobre tudo porque se trata de pessoas - e não de diagnósticos psiquiátricos – que, sujeitos de direito e atores sociais, constituem o foco da ampliação dos marcos regulatórios de proteção dos direitos humanos (organizados a partir das necessidades em saúde), e não os manuais classificatórios – esses, necessariamente restritos, pois organizados a partir de sintomas e limitações decorrentes das doenças.

Assim como internamente, a legislação internacional fora criada por meio de circuitos historicamente protagonizados por movimentos de pessoas com deficiência física e sensorial. Porém, na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada pelo Decreto n. 3.956/01 (Brasil, 2001) – meses depois da lei da Reforma Psiquiátrica -, aponta-se, de modo mais ampliado, deficiência como “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. Depois de considerar diversos documentos internacionais como base política para seu texto, a Convenção, que ainda nomeava as “pessoas portadoras de deficiência”, apresenta um horizonte de ações que os Estados partes devem providenciar para enfrentar as formas de discriminação.

Alinhada historicamente com o atual paradigma brasileiro de proteção de direitos humanos, a CDPD (2008) também abandona a perspectiva do dano – expressa no combate, enfrentamento, eliminação e erradicação das violações de direitos – e adota a lógica do desafio, da garantia de direitos.⁶ Institui, assim,

6 Como ocorre com demais leis de populações minoritárias, que se pautam pela garantia de direitos a partir das ações de promo-

direitos humanos de pessoas que “têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (artigo 1o - destaque nosso). Um dos instrumentos administrativos criados na esfera da ONU, o *Quality Rights* é uma ferramenta de “acesso e melhoria dos padrões de qualidade e direitos humanos em saúde mental e assistência social [...] baseada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.⁷ Nesse sentido, conecta, simbioticamente, as questões ligadas à deficiência e ao transtorno mental.

Segundo o texto original da Convenção, porém, ao invés de “pessoas com deficiência”, o documento invoca a condição a partir da expressão “*disability*” (que, para efeitos didáticos, alcunhamos “desabilidade”), a qual amplia o universo de titulares desses direitos pois resultante da interação entre “*impairment*” (prejuízo, dano, dificuldade no âmbito físico, mental, intelectual ou sensorial) e barreiras físicas/ambientais ou atitudinais/comportamentais (discriminação) que lhes dificultam ou impedem a participação nos processos decisórios sobre suas liberdades e direitos sociais, em igualdade de condições. Em outras palavras, a equação internacional é “*desabilidade*” = dano/prejuízo/deficiência + barreiras físicas/atitudinais. O algoritmo nacional aponta, por sua vez, a deficiência como sinônimo do que resolvemos nomear da original “*disability*”.

Fundamental distinção gera efeitos também na compreensão dos direitos humanos das pessoas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e

ção dos mesmos e monitoramento das políticas, e não apenas da defesa perante a violação. É o que vemos com a passagem histórica dos direitos da criança e do adolescente (Códigos de Menores, 1927 e 1979, e Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990), direitos da pessoa idosa (Estatuto da Pessoa Idosa) e os direitos das pessoas com transtornos mentais, cuja Lei da Reforma Psiquiátrica, para além de salvaguardar mecanismos de defesa, dá o devido contorno ao campo de proteção dessa população.

7 Da tradução livre de: “*assessing and improving quality and human rights standards in mental health and social care facilities (...) based on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*” (Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/publications/QualityRights_toolkit/en/>. Acesso em: 30 jul. 2015.

outras drogas, que, por não serem reconhecidas pelos movimentos sociais de defesa dos direitos da pessoa com deficiência nem, por vezes, em segmentos das pessoas com sofrimento ou transtornos mentais (e trabalhadores do campo), podem ter tolhido o direito de estar entre os sujeitos consagrados pela Convenção. Todavia, na medida em que a pessoa com necessidades decorrentes do uso de álcool seja, exemplificativamente, diagnosticada com *transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool* (perspectiva biomédica), esteja, eventualmente, com prejuízos ou danos decorrentes desse uso (p. ex., demência pelo uso prolongado de álcool) e atravessada por algum tipo de barreira atitudinal (p. ex., discriminação), está reconhecida no campo dos direitos estabelecidos pelo documento internacional. Agora, entramos em outra seara: ao modularmos a questão da deficiência entre os campos biomédico e social, emancipamos o debate do nível do atributo natural em contato com barreiras sociais ao nível da garantia de direitos humanos de pessoas com deficiência que, em interação com barreiras sociais, econômicas e políticas ainda ocupam o lugar da desigualdade instituída.

2.3 Reconhecimento igual perante a lei

A CDPD inovou ao reconhecer a capacidade legal de seu público “em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”, impondo aos Estados o dever de adotar “medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal” (artigo 12).

A interdição civil pode expressar – sobretudo se na modalidade total - extrema dissonância com o texto da Convenção, pois a deficiência não pode ser definidora automática de incapacidade, nem motivo – porque não exclui a capacidade legal – para se cercear o exercício de direitos civis e políticos.

Em outras palavras, a interdição de “pessoas com deficiência” ocorre devido à clara “discriminação por motivo de deficiência” (artigo 14). A Convenção propõe como um dos princípios o “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas (Brasil, 2009).

Dado seu valor constitucional, a Convenção deve forçar a reforma legislativa concernente à abolição da figura jurídica da incapacidade, pois preconiza o reconhecimento da capacidade legal a partir da seguinte transferência: cabe ao Estado demonstrar que eventual falta de habilidades (impedimentos de longa duração em interação com barreiras atitudinais, informacionais e físicas) do sujeito enseja intervir em sua órbita de autonomia e de liberdades civis. Vale lembrar que, até então, caberia ao sujeito o “ônus da prova”, eis que do diagnóstico decorreriam automáticas afirmações de impedimento de longa duração em interação com barreiras, incapacidade e, por fim, necessidade de interdição – comumente total -, - encadeamento incoerente com os princípios da Reforma Psiquiátrica e com os propósitos de autonomia, inclusão e empoderamento das pessoas com deficiência, presentes na CDPD e na Constituição Federal. O reconhecimento constitucional da plena capacidade legal deve tornar automática a assunção estatal dos deveres de promoção de ações de redução das barreiras qualificadoras da deficiência, entre elas, a problematização da incapacidade e seus efeitos excludentes. Nessa linha, o instituto da interdição deverá ser enfraquecido no ordenamento jurídico brasileiro, visto que remete à exclusão da pessoa com deficiência, o que afronta a CDPD e a Constituição Federal, como já dito.

No que tange ao tratamento estatal às pessoas com transtorno mental, de 2001 a 2008, é preciso considerar o insuficiente alcance programático da Política Nacional de Saúde Mental, decorrente da Lei 10.216/2001 – porque politicamente (mas não legalmente, pois em mesmo nível na hierarquia das leis) subordinada à *mens legis* civilista brasileira. O advento da CDPD preenche eventuais lacunas normativas e anacronismos exegeticos. O texto internacional define obrigações e compromissos dos Estados signatários para a garantia, promoção e proteção do “exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (art. 1o), “sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência” (art. 4o). Ademais, impõe aos países signatários a tomada de providências necessárias para que as pessoas com

“deficiência” conquistem e conservem o máximo de autonomia e, acima de tudo, tenham reconhecida, imperativamente, sua capacidade legal⁸ (art. 12).

Nesse sentido, enumera as obrigações dos Estados partes e determina que, para cumpri-los, os mesmos “devem adotar todas as medidas necessárias, inclusive medidas legislativas para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes de modo a garantir proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência” (art. 4o). Os Estados signatários, ainda, são proibidos de participar de qualquer ato ou prática incompatível com a Convenção e devem assegurar que autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a mesma.

Se deficiência é “a expressão de uma relação complexa entre corpo e sociedade, em que estigmas, exclusão e opressão operam” (Santos; Diniz; Pereira, 2009), torna-se aberrante e ubuesca a cena em que se veem pessoas que, sob a justificativa de a si serem atribuídos transtornos mentais, uso de drogas ou deficiência em “sentido estrito”, tenham seu direito de escolha e demais direitos de liberdade cerceados por meio do impedimento da realização de atos civis e da compulsória delegação de seu poder de tomada de decisão à outra pessoa, por intermédio dos institutos jurídicos da interdição e da curatela.

3 Regulamentação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Publicada em 06 de julho de 2015, a lei federal n. 13.146, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigência 180 dias depois. Constituído por uma série de novidades em várias dimensões do marco normativo de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, o documento legal invoca os poderes respectivos a organizar seus sistemas em cumprimento a um novo

⁸ A expressão “capacidade legal”, por não ser usual - ou por ser genérica - no âmbito do Direito Interno, pode remeter, restritivamente, tanto à capacidade civil quanto, amplamente, à capacidade em todos os ramos do Direito.

paradigma jurídico guiado pela: revogação do conceito de discernimento, divórcio entre a condição psíquica e a capacidade e entre essa - ou sua relativização - e a interdição civil. Dentre as várias inovações introduzidas pela CDPD e pela LBI, uma das que tem gerado grande debate - teórico e prático - é a que envolve, na esfera civil, o regime das incapacidades da pessoa com deficiência e abrange as questões aqui tratadas, quais sejam, a interdição civil, a curatela e a tomada de decisão apoiada.⁹

Em referência e reverência à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a lei visa a interromper o circuito patologizante e incapacitante em que as pessoas com deficiência foram, costumeiramente, inseridas. Primeira demarcação é a retirada da pessoa do rol de absolutamente incapazes e a revogação dos perfis “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, em vias de serem extraídos do Código Civil (artigo 114 da LBI).

A lei propõe a ruptura da histórica conexão de causalidade entre deficiência e barreiras ambientais e atitudinais - pois, no mais das vezes, oriunda de discriminação - no que tange ao exercício de direitos, a começar pelo de escolha sobre o que lhe é melhor, como o casamento/união estável, direitos sexuais e reprodutivos, de planejamento familiar e informação correlata, à convivência familiar e comunitária, e à guarda, tutela, curatela ou adoção, em qualquer um dos polos. Fortalece, assim, a redução da curatela ao espectro patrimonial e negocial (artigo 85).

Assim já traz a literatura jurídica brasileira, ao afirmar que:

[...] apresenta-se imperioso repensar o regime das incapacidades [...] É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil, concedendo-lhes tutela tão-somente aos interesses patrimoniais. (Farias, 2005, p. 50).

⁹ O leitor poderá vislumbrar a polêmica em torno da temática por meio da leitura de Requião (2016) e Botello (2016).

E aduz, no artigo 84 da LBI, que sintetiza os resultados de todas as reivindicações históricas a expressar a atuação de movimentos congêneres: informa que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Aponta, desde o artigo 2o, o modelo avaliativo e determinante da condição de deficiência: o modelo biopsicossocial com fundamento na articulação entre funcionalidades, necessidades em saúde, habilidades sociais, fatores socioambientais e possibilidades de participação.

Entre diversas atividades sócio ocupacionais e funções no processo saúde-doença-cuidado, a lei prevê, no artigo 3º, XII, as de:

[...] **atendente pessoal:** *pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;*
acompanhante: *aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal.* (Brasil, 2015).

Ao estabelecer a curatela como “medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”, seu artigo 84, § 3º anuncia o processo histórico de superação da interdição civil em que nos encontramos. Enquanto isso, apresenta a amplitude da finalidade da intervenção: informa que, por consequência, não alcançará o “direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (artigo 85, § 1º).

Em detalhe, então, estabelece um novo perfil a ser ainda passível de interdição: independentemente do quadro clínico/impedimento, somente “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. É fundamental manter luz sobre essa questão, pois inaugura um novo público-alvo dos circuitos históricos da interdição. Estabelece-se o direito de a pessoa, curatelada ou não, eleger pelo menos duas pessoas «com as quais

mantenha vínculos e que gozem de sua confiança», impondo que «para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”, possibilitando, inclusive, a designação de mais de uma pessoa para ser curadora (art. 1.772 e seu parágrafo único e art. 1.775-A, ambos do Código Civil).

E, sendo ou não curatelada a pessoa, um novo capítulo do Código Civil é aberto para fortalecer o processo de produção de autonomia ainda que duradoura a deficiência: a “tomada de decisão apoiada” intitula parte da lei civil como um expediente que possibilita afirmar, a todo tempo, a prescindibilidade da curatela, pois a excepciona por adotar a finalidade não espúria da interdição, promovendo-se a passagem histórica da substituição da manifestação de vontade pelo apoio à manifestação de vontade (art. 1.783-A do Código Civil).

4 Congruências entre a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Ao propor aos Estados partes o reconhecimento da capacidade legal plena das pessoas com deficiência, a CDPD anuncia a superação do modelo reificante e de subcidadania ao qual esses sujeitos são submetidos. Ao mesmo tempo em que ela é regulamentada internamente por meio da Lei n. 13.146/2015, essa diverge daquela: garante apenas parcial emancipação, pois reconhece os sujeitos de direitos relativamente capazes, tolhendo-lhe a cidadania na qualidade da autonomia a ela atrelada.

Outra congruência pode ser encontrada na *tomada de decisão apoiada*, que é processo judicial previsto no artigo 116 da LBI. O instituto objetiva promover e preservar a autonomia da pessoa com deficiência, no que difere dos institutos da tutela e da curatela, presentes no Código Civil Brasileiro e que têm como finalidade a proteção de incapazes.

Além de regulamentar o artigo 12, 3 da CDPD, o novo modelo jurídico equipara-se ao trazido na legisla-

ção atualizada de alguns países como a Itália (lei n. 06/2004), com a *amministrazione di sostegno*, ou seja, a administração de apoio, que aponta para maior flexibilidade e elasticidade no sentido mais da proteção da pessoa do que de seu patrimônio (Berti, 2009). Já a lei civil francesa, de 2007, criou o instituto do “mandato de proteção futura” (Berti, 2009), que, à semelhança da diretiva antecipada de vontade (CFM, 2012), produz um intermédio para que a pessoa pronuncie o modo como deseja ser cuidada em ocasião na qual não se reconheça organizada o suficiente para se conduzir autonomamente. O mesmo ocorre na Grã-Bretanha, com o *Enduring Powers of Attorney Act*, de 1985. A lei austríaca de 1983 já apresenta os avanços equivalentes aos atuais brasileiros: com a figura do *Sachwalter*, proporciona a figura do apoiador. Em Quebec, Canadá, a lei datada de 1990 cria a função do curador público, organizado e regulamentado, em detalhes, pelo Estado (Berti, 2009). Argentina também introduz essa figura jurídica, no artigo 43 do seu Código Civil, cuja vigência está prevista para 2016. (Argentina, 2015).

Na Tomada de Decisão Apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, para a qual terá o apoio em determinados atos da vida civil. É-lhe, para tanto, facultada a oportunidade de escolher e designar a pessoa apoiadora, bem como, a qualquer tempo, negar-lhe continuidade na função, em expediente judicial a ser criado no âmbito do poder judiciário.

A proposta objetiva evitar o desrespeito ou a negação do direito de as pessoas com deficiência decidirem sobre suas próprias vidas, mesmo que tais abusos sejam praticados em nome do seu “melhor interesse”. De acordo com Theresia Degener, membro do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, tais pessoas, “inclusive aquelas com problemas cognitivos ou psicossociais, devem ser apoiadas em suas decisões, ao invés de terem as decisões tomadas por elas – mesmo que supostamente isto ocorra para ‘seu próprio bem’”(Degener, 2014).

Conforme declaração do Comitê, que, em agosto de 2015, avalia o Estado Brasileiro no âmbito da in-

ternalização da CDPD, mesmo quando haja poucas condições de se compreender o que deseja a pessoa com deficiência, cabe não a essa, mas aos demais, a “melhor interpretação de seus desejos e preferências” (Degener, 2014). Há uma certa *inversão do ônus da assimilação*.

Em relatório enviado por organizações da sociedade civil brasileira ao Comitê, com fim de subsidiar a avaliação da instância internacional, no item relacionado ao artigo 12 da CDPD, as duas únicas recomendações referem-se, exatamente, ao Sistema de Justiça, que, segundo o documento, deve aprimorar seu funcionamento na garantia de direitos dessa população (ONU, 2015).

5 Cenário Local: uma mirada sobre a interdição judicial em Minas Gerais

A internalização da CDPD e a sua regulamentação por parte da Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência (LBI) promoveram várias transformações no Direito Civil Brasileiro, dentre as quais destacaremos as relativas à capacidade das pessoas com deficiência, ao instituto jurídico da interdição, que se enfraquece, e à curatela. O processo de interdição será substituído pelo processo de curatela? Importante, por enquanto e portanto, abordar a interdição judicial, já que configura a intervenção estatal no âmbito privado, em nome do interesse público questionado – mas não eliminado – pela atual LBI, historicamente dilapidante dos direitos de liberdade e, por consequência, sociais das pessoas com deficiência. Resta observar, na dimensão empírica, como se dá a interdição civil nos tempos em que já vigora um novo paradigma que, de acordo com a CDPD, impõe a mitigação e desuso desse recurso interventivo.

5.1 Por que falar sobre interdição?

A interdição judicial de pessoas com deficiência tem sido objeto de preocupação no Brasil. Essa preocupação decorre de um provável aumento no número de interdições totais¹⁰ de pessoas com deficiência, efe-

10 A interdição encontra-se cercada por polêmicas jurídicas. Até o início da vigência da LBI, em 03 de janeiro de 2016, e em conformidade com as regras do Código Civil de 2002, sempre se imaginou a curatela como consequência da interdição; tínhamos até então duas modalidades de interdição: a total e a parcial. A

tuadas a pedido de familiares ou responsáveis, com o objetivo principal, mas não exclusivo, de receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

O BPC é um benefício assistencial, que objetiva assegurar a proteção social e a superação de situações de vulnerabilidade e risco social e tem, dentre os seus beneficiários, em conformidade com a CDPD, as pessoas com deficiência, de qualquer idade e com algum impedimento de longo prazo que as incapacita para a vida independente e para o trabalho, por, pelo menos, dois anos. Apesar de não haver nenhuma exigência ou amparo legal para tal, na prática, pessoas com deficiência seguem tendo seus direitos violados, por intermédio da interdição, para obterem o acesso ao referido benefício.

Como reflexo disso, foram realizados seminário sobre “A banalização da interdição civil”, em 2005 (Brasil, 2007) e audiência pública sobre a real necessidade de interdição total das pessoas com deficiências intelectual e paralisia cerebral severa (Brasil, 2012), am-

interdição total ocorre quando o juiz, por meio de sentença judicial, entende que a pessoa interditanda é absolutamente incapaz e, por isso o curador deverá praticar todos os atos por ele e em nome dele. Já a interdição parcial é a interdição proporcional ao desenvolvimento mental, ao grau de discernimento ou ao grau de comprometimento psicossocial do indivíduo. Nessa hipótese, o juiz, tomando como base o laudo feito pelo perito (médico) vai determinar, por meio de uma sentença judicial, o que a pessoa pode ou não fazer por si só, sem que haja a necessidade de outra pessoa auxiliá-la (seu representante legal, indicado pelo juiz e chamado de Curador). A partir da vigência da LBI, a interdição deixa (ou deixaria?) de existir no âmbito do direito civil brasileiro pátrio. Passamos a ter apenas a curatela, que abrange tão somente os negócios jurídicos afetos aos direitos de natureza patrimonial. Entretanto, o novo Código de Processo Civil, cuja vigência tem início em 18 de março de 2016, traz uma aparente repriminção, pois disciplina sobre a Interdição, na Seção IX, em seus arts. 747 a 758 e revoga os recém-vigentes arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil. Para Paulo Lôbo (2015), contudo, “As regras do novo CPC [CPC/2015] deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquele [e ao CC/2002], relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo superado de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual.” A partir da vigência da LBI, a interdição total deixa de ter importância central, perdendo espaço para a *tomada de decisão apoiada* e da interdição parcial. Passamos a ter uma curatela (consequência da interdição) restrita aos negócios jurídicos afetos aos direitos de natureza patrimonial e modulada segundo as características de cada sujeito de direitos.

bos promovidos pela Câmara dos Deputados. Doutrinadores (Miziara, 2007; Rosensvald; Chaves de Farias, 2016), pesquisadores (Medeiros, 2008; Alencar, 2014; Vasconcelos, 2014) e juristas (STJ, 2013) também têm se debruçado sobre a questão. Em 2005, segundo Ana Ligia Gomes, representante do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), eram 1.166.000 as pessoas com deficiência que recebiam BPC – sendo 42% com deficiência mental/intelectual -, do total de 2.300.000 beneficiários (pois, às com deficiência somam-se as pessoas idosas). Já em agosto de 2010, a porcentagem de pessoas com deficiência beneficiárias sobe: 1.730.000 em relação às 1.590.000 pessoas idosas (Brasil, 2015b).

Com isso, é pertinente a posição do Conselho Federal de Psicologia, que, no mesmo debate situado na Câmara dos Deputados, aponta que a interdição “mudou de classe: saiu dos salões elegantes, onde há disputa por espólios familiares, e passou a atingir principalmente os portadores de transtornos mentais nas classes mais miseráveis do País.” (Brasil, 2007).

Apesar dos esforços que vêm sendo feitos, não se teve conhecimento da existência e não se obteve acesso a dados empíricos sistematizados que comprovem se houve ou não um aumento no número de interdições judiciais em especial, mas não exclusivamente, de interdições totais de pessoas com deficiência e qual é a fundamentação do pedido (se o pedido se baseia na busca do acesso ao BPC ou em outros argumentos), até a data de envio deste artigo. Para contribuir com a reflexão, o debate, a elaboração de políticas públicas e eventuais transformações na atuação do Sistema Justiça, os autores fizeram uso da Lei de Acesso à Informação (LAI)¹¹ e entraram em contato com os 26 (vinte e seis) Tribunais de Justiça dos Estados e com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a fim de obter as seguintes informações:

g. quantidade de processos judiciais de ação de interdição civil em andamento na primeira e segunda instâncias do Tribunal de Justiça do Estado (ou

11 A lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso a Informação (LAI) visa regulamentar o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas (artigo 37, § 3º, II da Constituição Federal de 1988) e seus dispositivos são aplicáveis aos três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

- do Distrito Federal e Territórios);
- h. quantidade de processos judiciais de ação de interdição civil em andamento na primeira e segunda instâncias do Tribunal de Justiça do Estado (ou do Distrito Federal e Territórios) com decisões de interdição civil parcial;
 - i. quantidade de processos judiciais de ação de interdição civil em andamento na primeira e segunda instâncias do Tribunal de Justiça do Estado (ou do Distrito Federal e Territórios) com decisões de interdição civil cujos interditandos possuam Benefício de Prestação Continuada (BPC);
 - j. quantidade de processos judiciais de ação de interdição civil em andamento na primeira e segunda instâncias do TJ com sentenças judiciais separadas pelos anos 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

De um total de vinte e sete tribunais, apenas três enviaram informações (Distrito Federal e Territórios, Minas Gerais e São Paulo). Os dados recebidos, entretanto, correspondem a períodos distintos, foram organizados de modos diversos e não contemplam todos os itens solicitados pelos pesquisadores, o que inviabiliza a consolidação dos dados ou sua análise comparativa. Diante do exposto, optou-se por analisar os dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

5.2 Por que Minas Gerais?

A escolha do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deve-se ao fato de ter informado os dados de todas as 295 (duzentos e noventa e cinco) comarcas, aqui entendidas como:

“[...] o território, a circunscrição territorial compreendida pelos limites em que se encerra a jurisdição de um juiz de direito. Constitui-se de um ou mais municípios de área contínua sempre que possível, tendo por sede o município que lhe der o nome. Pode ser dividida em distritos e subdistritos judiciários.” (Minas Gerais, 2010, p. 22)

Esses dados são relativos aos anos de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 e versam sobre (a) aos processos em andamento e (b) aos que já possuem sentença. Essas 295 comarcas, por sua vez, abrangem oitocentos e cinquenta e três municípios, pois Minas Gerais é o

estado brasileiro com o maior número de municípios e uma população estimada de 20.734.097, em 2014, de acordo com o IBGE (Brasil, 2014). Teremos, assim, um censo das interdições em Minas Gerais realizadas ou em andamento nos últimos cinco anos (não foram considerados, para a realização da análise, os dados do primeiro semestre de 2015).

De acordo com o Censo 2010 (Brasil, IBGE, 2014), há no estado de Minas Gerais cerca de 4.432.456 pessoas com deficiência. O número corresponde a 22,62 % da população do estado, que era, naquele ano de 2010, de 19.597.330 pessoas. Esse percentual é bem próximo do nacional, que é da ordem de 23,9% da população brasileira, o que equivale a 45.606.048 milhões de pessoas (Brasil, IBGE, 2010, p. 73). Entretanto, o IBGE (2010), diversamente dos autores deste artigo, não considerou como deficiência mental ou intelectual - para a realização do Censo de 2010 - “[...] as perturbações ou doenças mentais como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose”. Diante disso, podemos afirmar que o número e o percentual de pessoas com deficiência no estado de Minas Gerais (e no Brasil) é maior do que o aqui considerado.

Desse universo, 33.573 pessoas com deficiência sofreram processo de interdição nos anos de 2010 a 2014, o que equivale a menos de 1% da população mineira (0,75%). Em outros termos, familiares ou responsáveis por 33.573 pessoas com deficiência ingressaram perante o Poder Judiciário de Minas Gerais com pedido de interdição e curatela. Contudo, os dados não nos permitem afirmar se os pedidos foram ou não deferidos e se deferidos, qual modalidade de interdição foi promovida: total ou parcial.

Apesar de esse percentual ser estatisticamente irrelevante, o mesmo não pode ser afirmado em se tratando de direitos humanos da pessoa com deficiência, que é regido por uma racionalidade de resistência e luta (Herrera Flores, 2009; 2010). Assim, a violação do direito de uma pessoa é razão suficiente para mobilizar os familiares, o movimento social, a sociedade e o sistema justiça, com o intuito de assegurar sua autonomia e emancipação, bem como o respeito aos seus direitos e à sua dignidade, em igualdade de condições com os demais cidadãos.

5.3 Resultados

A partir da compilação, sistematização e tratamento dos dados podemos verificar que, de 2010 a 2014, dentre as 295 comarcas de Minas Gerais, a de Belo Horizonte apresenta a maior média anual de processos de interdição civil (977), seguida de Uberlândia (272) e Uberaba (149). As comarcas de Juiz de Fora e Barbacena, conhecidas como polos manicomiais do estado encontram-se em 11º e 14º lugares, com média de 78 e 75 processos de interdição por ano, respectivamente. João Pinheiro (2), Tombos (2) e São Romão (1) são as comarcas com menor média.

Para melhor visualização do cenário de interdições em Minas Gerais trazemos o mapa 1, que mostra os números médios de processos de interdições – com decisões e em andamento - no estado.

O mapa 2 apresenta a participação percentual das comarcas nos processos de interdição. O ranking de comarcas com maiores médias e percentuais de ações de interdição é semelhante, como se pode constatar na comparação dos Mapas 1 e 2. Belo Horizonte apresenta participação de 14,48%, Uberlândia 4,03% e Uberaba 2,21% e ocupam as primeiras colocações e as

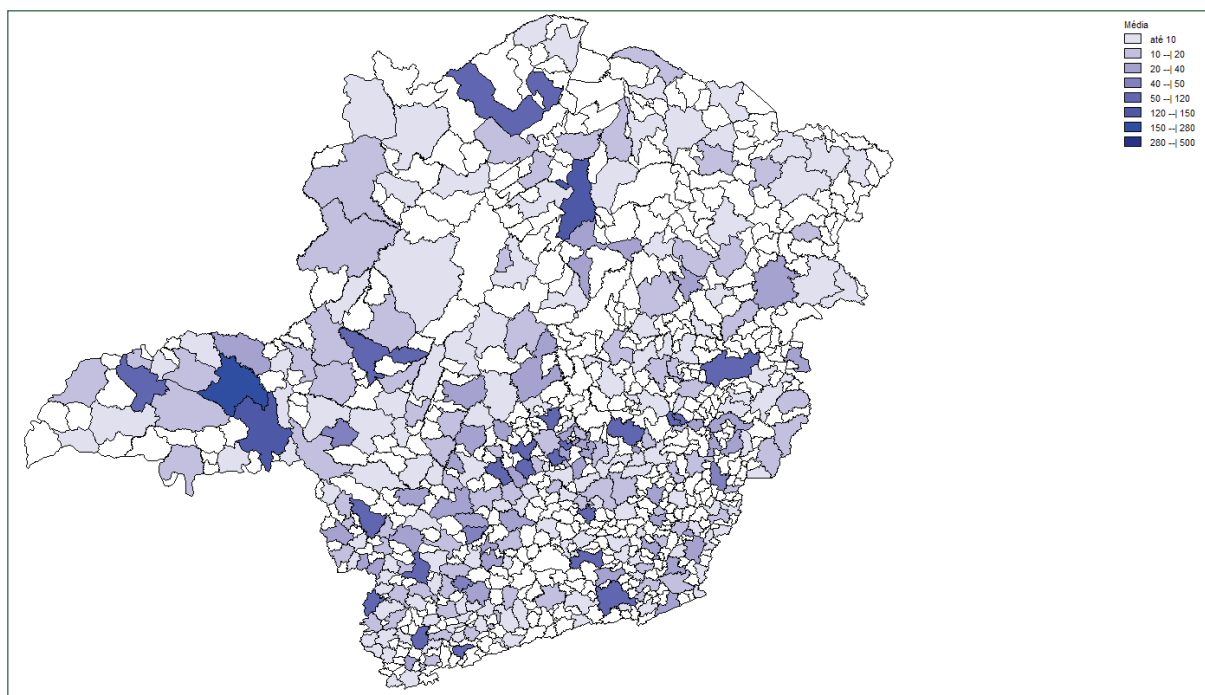
comarcas de Juiz de Fora (1,15%) e Barbacena (1,11%) ocupam, respectivamente, a 11ª e 14ª colocação.

O mapa 3 apresenta a propositura das ações de interdição, no período integral, por 10.000 habitantes. Aqui a descrição muda definitivamente. As comarcas de Bonfim (24,64), Natércia (17,17) e Pratápolis (16,35) lideram a propositura de ações de interdição, em Minas Gerais. Nesse cenário, Barbacena passa a ocupar a 100ª (5,94) e Juiz de Fora a 287ª (1,50) posição em número de ações por 10.000 habitantes.

A tabela 1 agrupa as comarcas mineiras¹² por porte populacional (pequeno porte até 50.000 habitantes, médio até 100 mil habitantes e os de grande porte estão acima). As 29 maiores comarcas são responsáveis por 45,8% das interdições, as 37 comarcas de médio porte por 17,9% e as demais 229, por 36,7%. A média anual das interdições é de 6.715 (91% acima das interdições de 2010), sendo que em 2014 o número de interdições era 174% o de 2010. Para as comarcas de médio porte

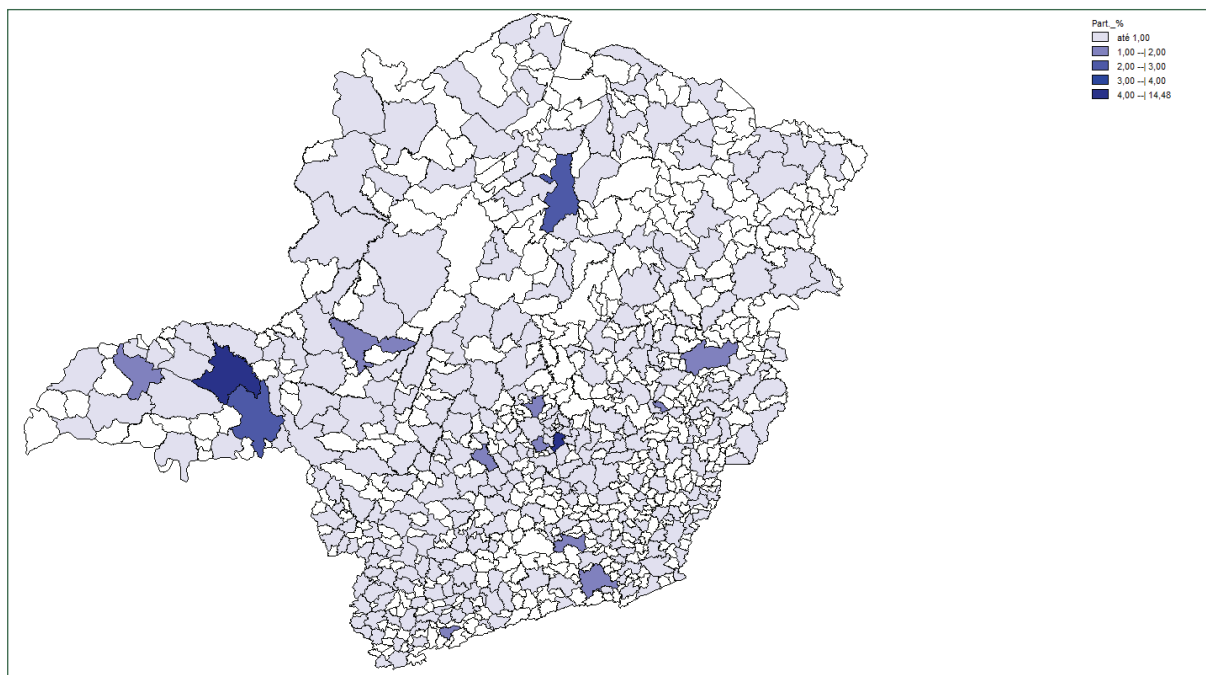
¹² As comarcas não correspondem aos municípios. Para categorizar o porte dos municípios usou-se a população do município de mesmo nome da comarca, sabendo que se trata de uma imprecisão.

Mapa 1. Média de ações de interdição – comarcas mineiras -2010-2014



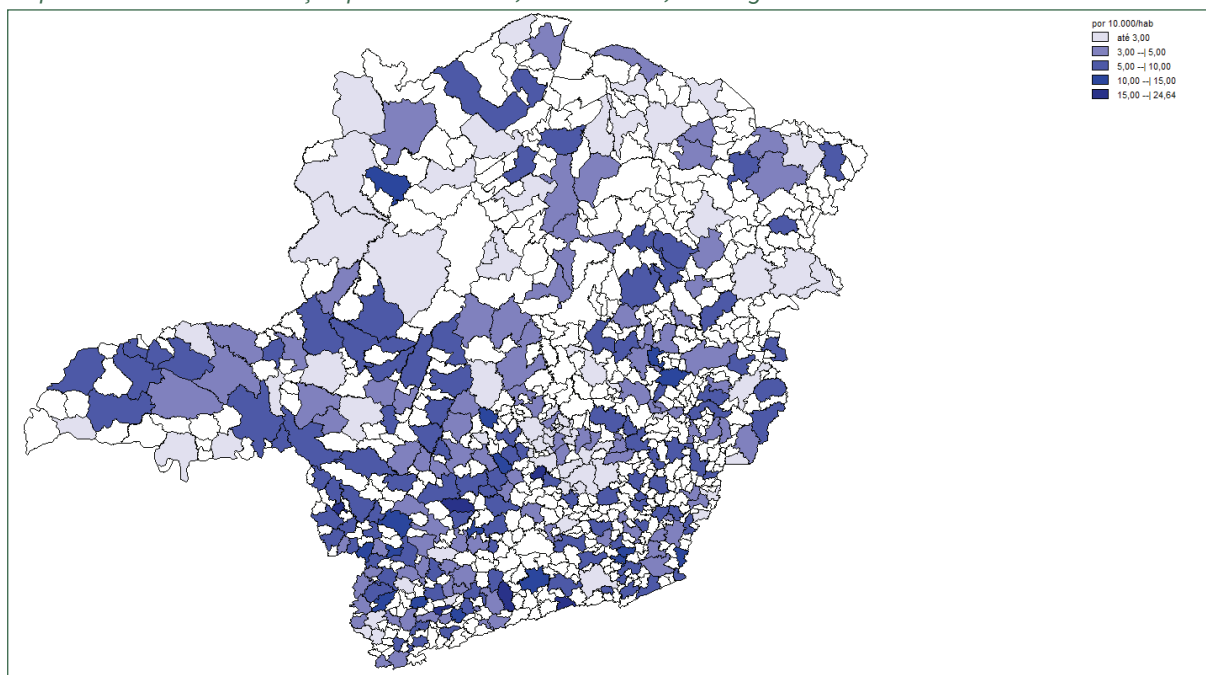
Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores.

Mapa 2. Participação % de ações de interdição por comarca: minas gerais -2010-2014



Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores

Mapa 3. Processo de interdição por 10.000 Hab., Por comarca, minas gerais -2010-2014



Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores

o número de interdições médio foi de 1.208, valor de 97% do número de interdições de 2010, ou seja, quase o dobro. Para as comarcas pequenas a média foi de 2.429, quase 3 vezes o valor de 2010.

As variações ano a ano são significativas. Em 2011, o número de interdições foi 63% superior para as comarcas de grande porte, 54% para as de médio e 58% para as de pequeno porte em relação a 2010. Por outro lado, em 2014 eram 161% maiores do que em 2010 para os grandes, 174% superiores para as de médio e 188% para as de pequeno porte. Embora as interdições tenham crescido, mais uma vez se constata que o comportamento das pequenas comarcas deve ser mais detidamente analisado. Os dados descrevem, mas as razões devem ser buscadas no comportamento global das instituições jurídicas, dos das famílias e demais atores sociais, especialmente daqueles envolvidos na atenção psicossocial.

As grandes comarcas produziram 18,9, as médias, 22,8, e as pequenas, 25,8 interdições por 10 mil habitantes respectivamente. As variações em cada comarca são significativas.

Tabela 1a. Número de interdições nas comarcas mineiras por porte populacional, 2010/2014.

Porte populacional dos municípios	2010	2011	2012	2013	2014	Mé-dia
Grande porte	3.438	4.345	4.757	5.457	5.881	4.776
Médio porte	599	929	1.292	1.444	1.611	1.175
Pequeno porte	1.390	2.202	3.167	3.278	3.843	2.776

Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores

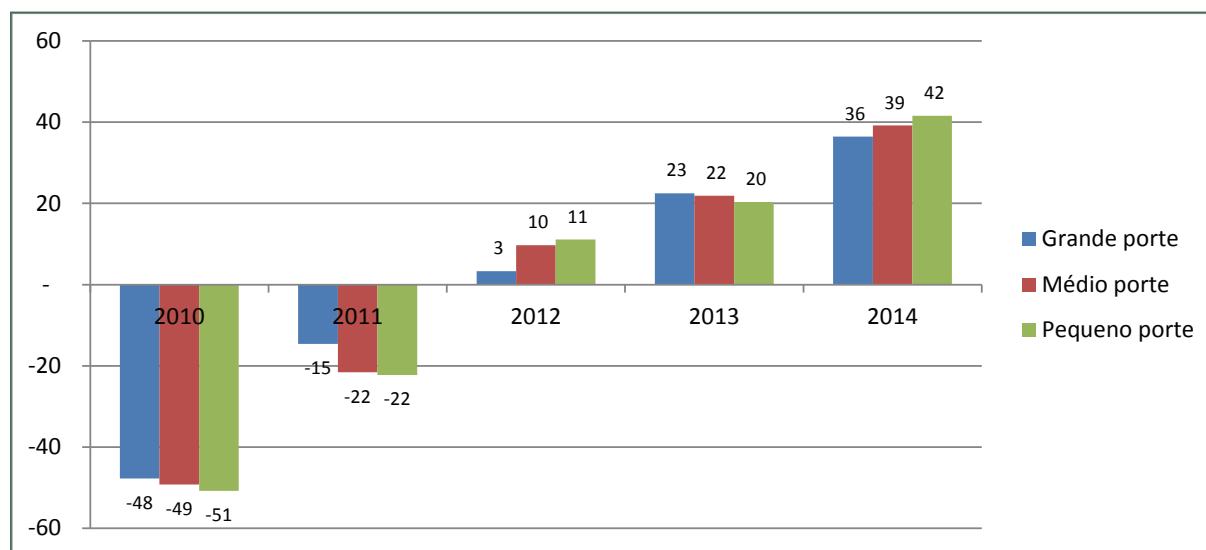
Tabela 1b. Variação percentual do número de interdições nas comarcas mineiras por porte populacional, 2010/2014 (2010=100)

Porte populacional dos municípios	2010	2011	2012	2013	2014	Mé-dia
Grande porte	100	126	138	159	171	139
Médio porte	100	155	216	241	269	196
Pequeno porte	100	158	228	236	276	200

Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores

Se fixamos a média do período como referência se pode construir o Gráfico 1 e sintetizá-lo da seguinte forma: os municípios de grande porte produziram relativamente mais sentenças de interdição nos dois primeiros anos (2010-2011), mas são grandemente ultrapassados pelos municípios de médio e pequeno portes, muito mais ativos e decididos em relação à produção de interdições.

Gráfico 1. Comportamento das interdições nas comarcas mineiras em relação à média do período 2010-2014



Fonte: TJ/MG, elaborado pelos autores

As comarcas de grande porte apresentavam ações em percentuais abaixo da média em 2010 e em 2012 já se verificava um percentual de praticamente 3% acima da média. Em 2014 já era de 36% acima.

Por outro lado, as comarcas de médio porte estavam mais distantes da média (49% abaixo) em 2010. Em 2012 já estavam 10% acima da média e 39% acima em 2014.

As comarcas pequenas apresentam um comportamento surpreendente que merece destaque para futuros aprofundamentos e monitoramento: em 2010 eram 51% abaixo da média, percentual que vai para 11% acima da média em 2012 e 42% acima da média em 2014.

Diante desses dados, resta demonstrado que de fato houve um aumento significativo no número de processos de interdição em Minas Gerais, nos últimos cinco anos, de 3.417 para 9.321 (um aumento de 5.904 ou 272,7%). Apesar de os dados não nos informarem se as interdições são totais ou parciais, quem são as pessoas interditadas (idade, gênero, estado civil, escolaridade...) e qual/ quais os fundamentos dos pedidos de interdição (para solicitar o BPC, para sofrer internação compulsória, para figurar em inventário...), a preocupação exposta por vários setores sociais com essa questão se mostra pertinente e requer atenção por parte da sociedade civil e do Estado, notadamente do Poder Judiciário, que deve zelar pelo respeito à autonomia e aos direitos humanos da pessoa com deficiência.

Nessa discussão, recorreremos à teoria de justiça de social pautada pelas capacidades, de Martha C. Nussbaum, e à abordagem de Joaquín Herrera Flores para que, sob a *teoria crítica dos direitos humanos*, auxiliem-nos a produzir algumas reflexões acerca dos dados levantados e informações produzidas.

Para Nussbaum (2013, p. 191-192), uma sociedade que se pretenda justa deve garantir, preferencialmente na esfera constitucional, um conjunto de direitos fundamentais para todos os seus cidadãos e as capacidades poderiam ser incorporadas a esse rol de direitos, cuja efetividade passaria pela atuação tanto do Poder Legislativo, como do Judiciário. Assim o fez o Brasil ao reconhecer constitucionalmente os direitos das pessoas com deficiência e ao regulamentar a CDPD por intermédio da LBI.

Entretanto, a mera positivação de direitos é insuficiente para o seu efetivo gozo, para o reconhecimento do outro como “pessoa” e para o exercício das capacidades. Verificamos que a interdição judicial no Brasil tem recaído prevalentemente, se não exclusivamente, sobre as pessoas com deficiência. Em outros termos, a atuação judicial em matéria de interdição civil está diferenciando negativamente cidadãos, o que pode promover a exclusão de pessoas com deficiência. Ora, esse tratamento exclusivo do outro, é incompatível com a abordagem das capacidades – que entende que se as pessoas receberem suporte material e educacional adequados podem vir a ser plenamente capazes de suas funções - e com a concepção política aristotélica de “pessoa” adotadas por Nussbaum. Nessa “concepção pública compartilhada de pessoa”, o bem é intrinsecamente social, “o bem dos outros não é apenas um limite à busca dessa pessoa pelo próprio bem; faz parte de seu próprio bem” (Nussbaum, 2013, p. 195 - grifos no original). “Viver com e para os outros, tanto com benevolência quanto com justiça, faz parte da concepção pública compartilhada de pessoa que todos subscrevem para propósitos políticos”, continua a autora (Nussbaum, 2010, p. 31; 2013, p. 195).

A deficiência – ou *disability* -, produto de impedimentos e barreiras, também pode ser entendida, em si, nos termos do que Herrera Flores aponta como “produtos culturais”, ao referir-se ao processo de criação e proteção dos direitos humanos, contestando sua gênese natural sua inscrição automática ao reconhecimento da personalidade. Logo, não são universais por si, embora se pretenda universalizá-los na medida do tratamento na diferença. Novamente, assim, encontramos a questão da deficiência: sob o paradigma atual, trata-se de contestar sua eventual naturalização, tanto quanto a suposta – e incauta – atribuição (fria) de direitos como se, uma vez dados, protegido estivesse o sujeito até então objeto de intervenção.

Se nem a justiça nem a dignidade são imperativos categóricos intrínsecos à ordem social – ou, mais ingenuamente, à relação humana – tampouco os direitos humanos (2009; 2010). Da mesma forma, a deficiência em si ou a pessoa com deficiência: ambas as dimensões (da condição e da pessoa) são construídas a partir dos circuitos externos à pessoa (barreiras atitu-

dinais, ambientais, políticas etc) e intrínsecos à relação dela com o mundo, o que pode ser reforçado por atos performáticos (Butler, 2015) típicos da ortopedia social (Foucault, 2003), isto é, do enquadramento ao qual somos reiteradamente submetidos desde a primeira infância para nos tornarmos o perfil hegemônico e binário vigente (homem, mulher, normal, anormal, incapaz, exótico, religioso, deficiente etc).

Ao conceber os direitos humanos a partir de quatro planos jurídico-políticos, Herrera Flores aduz que, no plano da integralidade, convivemos com o “mal estar da dualidade”, consubstanciado, no âmbito dos direitos da pessoa com deficiência, na relação entre um Estado a ser constrangido no controle das liberdades e, logo, na instituição das “normalidades”, e um Estado que intervenha para inibir a ação do mercado e das esferas privatistas dos direitos humanos. No plano jurídico-cultural, o jurista aponta para o “mal estar da emancipação”, que, no tema em questão, pode ser compreendido a partir da equação entre os direitos de se estar em pé de igualdade ainda que encarado o desafio de se sustentar e preservar as diferenças. Trata-se do famigerado paradigma aparentemente paradoxal vociferado por Rui Barbosa (1999) e Boaventura de Sousa Santos (2006). Esse plano remete-se diretamente ao ditame da norma contida no art. 12 da CDPD – igualdade de condições ao – e para – se reconhecer a capacidade legal das pessoas com deficiência. Em alguma medida, sintetiza a problematização que Herrera Flores faz acerca do universalismo dos direitos humanos. Já o plano social impõe o que o autor denomina de “mal estar do desenvolvimento”, que segue um modelo globalizante de extremo apelo para a garantia de algumas estratégias de bem-estar em detrimento da “exploração e empobrecimento de quatro quintos da humanidade” (Herrera Flores; Carvalho; Rúbio, 2010). O plano político, por fim, ilustrado pelo “mal estar do individualismo abstrato” acerta a relação imediatista entre liberdade e igualdade, manifesta, se nos descuidarmos, pelo acentuado isolacionismo dos princípios burgueses, sustentadores do paradigma hegemônico de direitos humanos. Herrera Flores propõe o aprofundamento dos conceitos, abandonando a mera dimensão geracional dos direitos humanos e compondo-os como princípios-estratégias para o desenvolvimento social: igualdade como socialização de recursos e

liberdade como socialização da política. Distinta de liberdade como autonomia descontextualizada – de lógica liberal –, a liberdade como dimensão das relações sociais em que indivíduos e grupos se afirmam ao lutar por sua própria concepção de dignidade, indo além da luta por igualdade. É justo o que encontramos no conhecido grito do movimento dos direitos das pessoas com deficiência, pelo que se afirma “nada sobre nós sem nós”. Em outras palavras, é a oportunidade política de se manifestar que a dignidade desse público se fundamenta na liberdade de ter reconhecidas sua luta e suas conquistas, o que se expressa, entre outros dizeres, pela inversão do ônus justificador da deficiência, da pessoa para a figura do Estado, ou, da superação do paradigma da deficiência incapacitante para o do “entorno incapacitante” (Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental, 2014).

Observamos, assim, que, tanto quanto para o *todo* dos Direitos Humanos quanto para a dimensão *direitos da pessoa com deficiência* é possível fazer similar abordagem à luz da teoria de justiça social pautada pelas capacidades e da teoria crítica recorrida. Ao se lerem os dados levantados no estado de Minas Gerais, notamos forte presença do paradigma que reifica a pessoa com deficiência porquanto, como é a história da loucura retratada em multiplicadas obras literárias e científicas, torna-a abjeta por ser objeto de pedidos de interdição civil. Ainda que não haja como atribuir apenas ao Poder Judiciário o mandato de manutenção dessa tendência – já que os dados não nos permitem aferir a direção das sentenças judiciais –, é possível qualificar o mesmo como o lugar privilegiado da tendência crescente de proposituras dessas ações, a despeito do sentido contrário da legislação nacional, particularmente encimada por normas constitucionais de garantia de cuidados e atenção em liberdade, caso da CDPD e da LBI.

6 Considerações finais

O regime civilista das capacidades deve respeitar a CDPD e a LBI, portanto, ser reorientado no sentido de as pessoas com deficiência terem sua capacidade legal plenamente reconhecida.

As capacidades, sob a perspectiva da teoria de justiça

social de Martha Nussbaum (2010; 2013), não se confundem com a capacidade civil, apesar do reconhecimento e exercício dessa depender das capacidades da pessoa com deficiência, do que ela pode e é capaz de fazer.

Uma vez apresentados os marcos legais inovadores e o cenário de coleta de dados e análise, verificamos, ainda que em breve artigo, como esses elementos aparentemente reforçam a importância dos novos tecidos normativos e de instrumentos de exigibilidade de ação estatal no sentido da validação formal e material das subscrições brasileiras de garantia e proteção de direitos humanos das pessoas com deficiência.

Recorrendo novamente a Herrera Flores, os direitos da pessoa com deficiência – íntegros se, e somente se, integrados ao campo dos direitos humanos – devem ser entendidos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais que “configurem materialmente esse ato ético e político maduro de criação de uma ordem nova” e, ao mesmo tempo, uma “matriz para a constituição de novas práticas sociais, de novas subjetividades antagônicas, revolucionárias e subversivas” (Herrera Flores; Carvalho; Rúbio, 2010).

É nesse interim da história que concluímos que, a despeito da legislação constitucional vigente desde 2008, a infraconstitucional predominou, entre 2010 e 2014 orientando à tutela e intervenção na esfera privada, o que se evidencia pela taxa crescente de ações judiciais de interdição civil no estado de Minas Gerais, como possível ilustrador do que ainda ocorre no país. É nesse bojo, portanto, que não só cabe a abordagem crítica de proteção dos direitos humanos, como essa teoria se reinstalou a cada leitura que fazemos dos dados levantados e informações produzidas: os direitos humanos não são universais – embora lutemos para que sejam universalizantes no sentido material – assim como não são naturais e intrínsecos à condição humana. São fruto de conquistas arrancadas dos circuitos sociais em constante tensionamento. Como placas tectônicas, as forças socioculturais que se movimentam de tempos em tempos compõem um mosaico de disputa de pensamento e ocupação de terrenos simbólicos – origem das expressões discursivas acerca dos direitos – e concretos – que resultam, por vezes, em leis avançadas (CDPD e LBI são exemplos)

e, mais que isso, operacionalização dessas normas, por meio de políticas que, entre outros caminhos, trilhem a redução das ações de interdição civil em prol do reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência. Trilhos cujos dormentes parecem ainda dormir ao relento...

////////////////////////////////////

7 Referências

- 3ª Conferência Nacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Relatório Final) (2013). Brasília: SDH/PR – SNPD – Conade.
- Alencar, C. P. (2014). *Interdição parcial de pessoas com deficiência no Distrito Federal: entre o texto legal e o mundo real*. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília.
- Barbosa, R. (1999). *Oração aos Moços*. Recuperado em 20 de agosto de 2015 de http://www.casarui-barbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf
- Berti, F (2009). *L'amministrazione di sostegno: aspetti giuridici e sociologici*. Recuperado em 20 de agosto de 2015 de <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/berti/>
- Botello, P. (2016). La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *Pensar*, 21(1), 242-270. Recuperado em 14 de junho de 2016 de <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/3755/pdf>
- Butler, J. (2015). *Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade*. São Paulo: Civilização Brasileira.
- Câmara dos Deputados (2012). Audiência Pública nº0472/2012 da Câmara dos Deputados: Comissão de seguridade e família: Discussão sobre a real necessidade de interdição total das pessoas com deficiência intelectual e paralisia cerebral severa. Brasília: Câmara dos Deputado. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/documentos-1/notas-taquigraficas-2012/nota-taquigrafica-03.05.2012-1>
- Código Civil Brasileiro de 2002 (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm
- Código Civil y Comercial de La Nación, Ley 26.994 de 2014. (2014). Buenos Aires. Recuperado em 27 de agosto de 2015 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>
- Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848 de 1940 (1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm
- Comissão de Direitos Humanos e Minorias (2007). *A banalização da interdição judicial no Brasil: relatórios*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações. (Série ação parlamentar, 349). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1750>
- Conselho Federal de Medicina (CFM) (2012). *Resolução n. 1995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: CFM.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (2007). Brasília: SEDH/PR - Conade.
- Decreto legislativo 186, de 09 de Julho de 2008 (2008). Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília: Senado Federal
- Decreto n. 3.298 de 1999 (1999). Regula a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm
- Decreto n. 3.956 de 2001 (2001). Promulga a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm
- Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 (2009). Promulga a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm
- Degener, T. (2014). *Pessoas com deficiência têm o direito de tomar decisões por conta própria, enfatiza comitê da ONU*. Recuperado em 20 de agosto de 2015 de <http://nacoesunidas.org/pessoas-com-deficiencia-tem-o-direito-de-tomar-decisoes-por-conta-propria-enfatiza-comite-da-onu/>
- Diniz, D., Barbosa, L.; Santos, W. R. (2009). Deficiência, direitos humanos e justiça. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 6,(11), 65-77.
- Farias, C. C. (2005). *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de

- Janeiro: Lumen Juris.
- Foucault, M. (2003). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU.
- Herrera Flores, J. (2009). *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Herrera Flores, J., Carvalho, S. Rúbio, D. S. (org.) (2010). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS. Recuperado em 25 de julho de 2015, de <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2010). *Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2015). Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mg>
- Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001 (2001). Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm
- Lôbo, Paulo (2015). Com avanços legais, as pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Recuperado em 13 de julho de 2016 de <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>
- Maior, I. M. M. L. (2013). Pessoas com Deficiência e Direito de Acesso à Cultura. *Anais do I Simpósio Internacional de Estudos sobre a Deficiência – SEDPCD/Diversitas/USP Legal – São Paulo*. Recuperado em 12 de agosto de 2015 de http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/br/ebook/Textos/Izabel_Maria_Madeira_de_Loureiro_Maior.pdf
- Mângia, E. F., Muramoto, M. T., Lancman, S (2008). Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. *Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo*, 19(2), 121-130.
- Medeiros, M. B. M. (2008). A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, 60, 23-45. Recuperada em 20 de agosto de 2015 de http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo_arquivo_1246469001.pdf
- Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) (2015). *Painel de Indicadores Panorama Geral do Benefício de Prestação Continuada*. Disponível em: <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/PainelBPC/#>
- Miziara, D. S. C. (2007). Interdição judicial da pessoa com deficiência intelectual. *Revista do Advogado*, 21-33. Recuperada em 16 de agosto de 2015 de http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portal-TvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Revista_do_Advogado.pdf
- Nussbaum, M. C. (2010). Capacidades e justiça social. In: Diniz, Debora; Medeiros, Marcelo; Barbosa, Lívia (Orgs.). *Deficiência e igualdade*. Brasília: Letras Livres; Editora da UnB. p. 19-42.
- Nussbaum, M. C. (2013). As deficiências e o contrato social. In: *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes. Cap. 2. p. 117-190.
- Nussbaum, M. C. (2013). Capacidades e deficiências. In: *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes. Cap. 3. p. 191-275.
- Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Santiago, Chile. Recuperado em 20 de agosto de 2014 de www.observatoriodiscapacidadmental.cl
- Organização das Nações Unidas (ONU). *Comitê da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência avalia o Brasil nos dias 25 e 26 de agosto*. Recuperado em 20 de agosto de 2015 de <http://nacoesunidas.org/comite-da-onu-sobre-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-avalia-o-brasil-nos-dias-25-e-26-de-agosto/>
- Organização Mundial de Saúde (OMS) (2008). *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)*. São Paulo: Universidade de São Paulo. v.1.
- Organização Mundial de Saúde (OMS) (2003). *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)* [Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais, org.; coordenação

- da tradução Cassia Maria Buchalla]. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo- EDUSP.
- Requião, M. (2016). As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 6, 1-17. Recuperado em 16 de junho de 2016 de <https://faculdadebaianadedireito.academia.edu/Maur%C3%ADcioRequi%C3%A3o>
- Rosensvald, N.; Chaves de Farias, C. (2016). *Direito das famílias*. Salvador: Juspodium. v. 6. cap. XI. p. 896-950.
- Santos, Boaventura de Sousa (2006). *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez.
- Santos, W., Diniz, D., Pereira, N. (2009). Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde*, 3(2), 16-23.
- Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2013). Enunciado 574. In VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Brasília: STJ.
- Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2010). Comarca. In: *TJ Responde*. Belo Horizonte: TJMG. Recuperada em 25 de agosto de 2015 de <http://ftp.tjmg.jus.br/conhecendo/TJ%20responde-colorido.pdf>
- Vasconcelos, E. M. (Coord.) (2014). *Manual de direitos e deveres dos usuários e familiares em saúde mental e drogas*. Rio de Janeiro: Escola do Serviço Social da UFRJ; Brasília: Ministério da Saúde, Fundo Nacional de Saúde. Recuperado em 01º de agosto de 2015 de <https://drive.google.com/file/d/0B000KmlfoMGzQW5VM1J6ZmNvUnc/view?usp=sharing>

DIREITO DE PATENTE E A INVISIBILIDADE DO CONHECIMENTO

TRADICIONAL: o caso da *Bauhinia sp.*¹ // Marcos Vinício Chein Feres¹ e João Vitor de Freitas Moreira²

Palavras-chave

conhecimento tradicional / direito de patente / *Bauhinia sp.*

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Desenvolvimento teórico-metodológico.**
- 3 **O tradicional a partir de princípios legais**
- 4 **Estudo empírico**
- 5 **Discussão de resultados e conclusão**
- 6 **Referências**

Resumo

O presente artigo visa a discutir o direito de patente e a problemática do conhecimento tradicional associado à biodiversidade a partir de uma abordagem empírico-qualitativa. Para tanto, parte-se de um viés crítico estruturante relacionado às concepções de Zenon Bankowski sobre Direito e amor, combinadas com as análises da construção da identidade moderna expostas por Charles Taylor. Trata-se de pesquisa empírica estruturada em coleta de dados na OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) de patentes referentes à *Bauhinia sp.*, tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca, para posterior tabelamento de modo a sistematizar os dados e, assim, viabilizar o processo inferencial do tipo descritivo e/ou causal. Por fim, será argumentado, baseando-se nas inferências traçadas e com fins de validar a hipótese inicial, uma necessária revisão e ressignificação do direito de patente, tendo em vista que a atual sistemática desconhece o tradicional e acaba incentivando a prática de biopirataria.

1 Este trabalho tem o apoio financeiro e institucional do CNPq e da FAPEMIG. Agradecemos ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo financiamento do projeto: “Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: direito de patente, recursos genéticos e conhecimento tradicional”.

2 Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG, Professor Associado da Faculdade de Direito da UFJF, Pesquisador de Produtividade PQ2 do CNPq.

3 Graduando em Direito pela UFJF, bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq.

PATENT LAW AND THE INVISIBILITY OF TRADITIONAL

KNOWLEDGE: the case of *Bauhinia sp.* // *Marcos Vinício Chein Feres and João*

Vitor de Freitas Moreira

Keywords

traditional knowledge / patent right / *Bauhinia sp.*

////////////////////////////////////

Abstract

This paper aims to discuss patent law and the issue of traditional knowledge associated with biodiversity through an empirical qualitative study. In this context, we resort to the critical approach developed by Zenon Bankowski on Law and love as well as Charles Taylor's analysis of modern identity. The study was composed of an analysis of international treaties and domestic laws as well as data collected at the WIPO (World Intellectual Property Organization) website regarding the plant *Bauhinia sp.* and its therapeutic use. In addition, by analyzing the data collected in the course of the empirical study, we drew descriptive and casual inferences about the research question and the hypothesis, emphasizing the indispensability of the protection of traditional knowledge associated with traditional people. Finally, supported by the data collected in the study, it is possible to state that international agreements should be reviewed and, specifically, the interpretation of what traditional knowledge is should be modified, in order to avoid biopiracy and the invisibility of traditional peoples.

1 Introdução

Quando a legislação de maior repercussão com relação à patente foi criada na Grã-Bretanha no final do século XIX, tinha-se como intuito o incentivo ao investimento e ao desenvolvimento da indústria têxtil a partir da atribuição do monopólio a inventores de produtos ou processos. Essa tática tinha duas medidas: em primeiro lugar, o intuito era o de trazer para a Grã-Bretanha inventores que ajudariam a alcançar as metas de desenvolvimento econômico e, em segundo lugar, era o de promover a industrialização local e a difusão de técnicas de produção.⁴ A despeito de mais de 100 anos terem se passado, essa ainda é a base na qual se funda o direito de patente. Isso significa dizer, como se tentará demonstrar, que os parâmetros sociopolíticos com relação à patente têm um caráter econômico, pautado na atribuição do monopólio sobre o produto ou processo que visa à aplicabilidade industrial, assim como devem esses produtos ou processos se estruturarem em um passo inventivo. A linguagem pouco *sutil* permanece a mesma até os dias atuais.

Essa mesma linguagem hoje é de fácil identificação nas normas que regulamentam a matéria em questão, pois são reproduzidas em âmbito internacional e nacional. As normas mais importantes são o *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS); *Convention on Biological Diversity* (CBD); a Lei nº 9.279 de 25 de julho de 1996; a Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001.⁵ Assim sendo, em um contexto abrangendo Comunidades Tradicionais e Conhecimento Tradicional associado à biodiversidade, essa linguagem legal a ser discutida poderá não contribuir para o debate de novos elementos em torno da Propriedade Intelectual, pois se tem de questionar quais são as relações e as consequências que estão implícitas no processo de concessão de patentes.

4 Exemplo retirado de Arcanjo (2000).

5 Deve-se atentar para o fato de que aqui se está trabalhando com a Medida Provisória recentemente revogada pelo marco da biodiversidade instaurado pela Lei 13.123 de 20 de Maio de 2015. Contudo, as discussões traçadas não estão em si comprometidas na medida em que elas se voltam para uma discussão paradigmática do que é propriamente legal. Isto não significa dizer que os parâmetros legais estarão em segundo plano, pois eles reproduzem grande parte do que se questiona neste artigo, inclusive o recente marco da biodiversidade.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a discutir como essas normas poderão contribuir para a depreciação do conhecimento tradicional ou, mais detidamente, a erosão das condições de produção de conhecimento local associado à biodiversidade (Carneiro da Cunha, 1999), além de fomentarem o processo de biopirataria e pilhagem de conhecimento. Assim, apresenta-se como problema de pesquisa as patentes relacionadas à *Bauhinia forficata* e à *Bauhinia sp.*, a serem coletadas na OMPI, que demonstram falhas na efetividade do atual sistema jurídico de propriedade intelectual, considerando a necessidade de salvaguarda do conhecimento tradicional – haja vista as comunidades locais que trabalham com a planta. Apresentar-se-á, pois, um parâmetro teórico-metodológico que será combinado com análise empírico-qualitativa.

Especificamente, será traçada, na primeira parte, uma discussão teórica que intenta explorar a tensão entre Direito e amor expostas por Zenon Bankowski. Esse debate se insere em um contexto legalista que necessita de profundo comprometimento com o processo de interpretação e averiguação das narrativas postas. Ademais, importante se torna esclarecer que todas essas possibilidades jurídicas contemporâneas estão mergulhadas em um debate moral, que dá base para construção do que Charles Taylor chamará de Identidade Moderna. A partir deste ponto, Epstein e King (2013) fornecem os caminhos metodológicos necessários para que se possa traçar inferências causais e/ou descritivas a partir do norte hipotético objetivado.

Com vistas a fortalecer todas as conclusões possíveis, adiciona-se uma segunda parte que traz uma coleta de dados relacionada à *Bauhinia forficata*, popularmente conhecida como pata-de-vaca. O estudo empírico resume-se à apresentação de tabelas que demonstram 12 patentes referentes ora à espécie (*Bauhinia forficata*), ora ao gênero (*Bauhinia sp.*). Esta pesquisa empírico-qualitativa fomentará as discussões traçadas sobre os caminhos teórico-metodológicos e levará a conclusões que tangenciam a ilegalidade e a ilegitimidade das patentes apresentadas, e, até mesmo, a ineficácia das normas supracitadas.

Posto isso, uma pergunta essencial de pesquisa deve ser exposta, uma vez que, como expõem Epstein e King (2013), a pesquisa científica exige um compro-

metimento do pesquisador com a confiabilidade do processo pelo qual os dados foram observados, tendo em vista que o trabalho científico deve ser *replicável* e que a pesquisa científica é um *empreendimento social*, além de que todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa é em si mesma *incerta* (Epstein e King, 2013). Nesse sentido, questiona-se: o sistema jurídico de propriedade intelectual nacional e internacional (a saber, CBD, TRIPs etc.) é efetivo (ou seja, cumpre os objetivos traçados e aos mesmos não se contrapõe) na garantia e na proteção do conhecimento tradicional? A partir daí, uma maior confiabilidade para realizar as inferências causais e descritivas sobre os dados tratados é possibilitada, levando em consideração que essas se inserem na perspectiva teórica delineada.

2 Desenvolvimento teórico-metodológico

A metodologia aplicada a esta pesquisa espelhou-se nas considerações feitas por Epstein e King (2013) sobre os parâmetros da pesquisa empírica em Direito, especialmente com relação às possibilidades inferenciais ligadas à empiria. O foco da investigação é o de analisar, avaliar e criticar os resultados das aplicações estritamente legalistas do direito de patente a partir de inferências a serem realizadas sobre o estudo da *Bauhinia sp.* ou pata-de-vaca.

Sendo assim, expor as regras da inferência que norteiam as conclusões sobre o caso empírico se torna necessário, uma vez que o grande objetivo dos trabalhos empíricos é o de realizar *inferências* – obtidas pelo processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos (Epstein e King, 2013). Segundo esses autores, as possíveis inferências se desenvolvem sobre dois eixos: as inferências descritivas e as inferências causais. As inferências descritivas podem ser entendidas como uma busca pela compreensão de um problema de pesquisa, mas também buscam expandir essa compreensão para outros contextos, isto é, a busca pela compreensão de um determinado fato proverá possibilidade de compreender sobre a relação de pesquisa em outro contexto. Decerto, com os dados/fatos que se conhece, quer se traçar uma característica sobre os dados/fatos que não se conhece. A inferência causal, por sua vez, leva em consideração o que os dados

coletados podem dizer sobre o objeto que se analisa. Como exemplo, pode-se adotar o objeto empírico a ser discutido nesse trabalho – análise de patentes da *Bauhinia sp.* – e levantar a seguinte pergunta: o que a legislação referente ao conhecimento tradicional acarretou? A partir dessa pergunta, assumimos as patentes coletadas (dados) como variantes causais, e então os resultados alcançados pela análise sobre as patentes serão as inferências causais traçadas sobre o objeto da pesquisa, a partir do qual se poderá responder à pergunta levantada.

Essas distinções nos processos inferenciais são indispensáveis para se alcançarem resultados e conclusões confiáveis e reproduzíveis por outros sujeitos científicos. Nessa perspectiva, considerando a dinâmica da *unobtrusive research*, descrita por Earl Babbie (Babbie, 2000), primeiramente, a análise de dados traçada estará limitada a informações públicas disponíveis no banco de dados do World Intellectual Property Organization (WIPO). Em segundo lugar, uma análise qualitativa dos dados relacionados a regulamentações específicas somadas a patentes de produtos naturais e nativos do Sudeste do Brasil é conduzida em sentido de confirmar ou descartar a hipótese inicial, sem desconsiderar as referências teóricas elaboradas. Por tal motivo, seguir os caminhos da pesquisa empírica é crucial, entretanto delimitar esse caminho se torna necessário. Fato que levou à escolha de um gênero vegetal específico da região Sudeste brasileira, mas de ocorrência nas áreas montanhosas da região Nordeste (Lorenzi, 2008), que é *Bauhinia forficata* (e seu gênero), tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca. A escolha desse gênero se deu devido à continuação de um processo de pesquisa iniciado com o caso da *Phyllomedusa bicolor* – denunciado pelo site Amazonlink⁶ como biopirataria realizada sobre uma espécie nativa da Amazônia –, a partir do qual foi possível tomar conhecimento do gênero *Bauhinia sp.* em uma viagem institucional ao Instituto Brasileiro de Pesquisas Amazônicas. Nessa viagem institucional, foi elaborado diário de campo a partir do qual se extrai o gênero vegetal em questão para aprofundar o estudo sobre

6 O caso da Rã *Phyllomedusa bicolor* – Vacina do sapo. Disponível em: <<http://www.amazonlink.org/biopirataria/kampu.htm>>. Acesso em: 18 de mai. 2015.

a apropriação do conhecimento tradicional pelo conhecimento científico convencional.

Não obstante as anteriores explanações empíricas, é essencial delinear o referencial teórico que guiará todos os processos inferenciais no sentido qualitativo. Como ponto de partida, considerar-se-á o que significa *viver plenamente o direito*, que pode ter suas bases constituídas a partir da metáfora do caixa eletrônico empregada por Zenon Bankowski. A partir desta, o amor e o direito se articulam de tal forma que será possível chamar isso de legalidade (Bankowski, 2007). A metáfora do caixa eletrônico consiste em uma determinada situação na qual qualquer sujeito que tenha relações com um determinado banco possua um cartão magnético para realizar suas movimentações diante de um caixa eletrônico. Hipoteticamente, esse caixa eletrônico reage aos comandos que tenham correspondência, isto é, insiro meu cartão no caixa para retirar uma determinada quantia em dinheiro. Nesse sentido, o caixa eletrônico reagirá de acordo com duas situações: dar-lhe-á o dinheiro se houver correspondente e/ou se o limite diário não tiver sido excedido. Entretanto, Bankowski problematiza o fato, imaginando que um determinado sujeito encontra-se em uma situação extremamente difícil na qual necessita que o caixa eletrônico lhe dê dinheiro para uma urgência médica, mas extrapola os parâmetros das duas situações descritas. A resposta dada pelo caixa eletrônico é, obviamente, a negação do saque pretendido. Aqui não caberá qualquer gênero argumentativo: se não for possível a situação, o caixa eletrônico não concederá o dinheiro. “Começo a argumentar com a máquina, tendo em vista que minha necessidade é urgente. Imploro para a máquina me dar, por compaixão, o dinheiro necessário para minha necessidade, mas não tenho sucesso” (Bankowski, 2007, p. 119).

Essa metáfora exemplifica quais são as consequências de um comportamento típico do legalismo (Shklar, 1967), isto é, a reprodução de uma determinada disposição normativa geral e abstrata; a aplicação de uma norma de forma geral e abstrata a um caso concreto. Nessa situação emerge o que Judith Shklar denomina de *ethos* legalístico (Shklar, 1967) e Zenon Bankowski dela faz uso para teorizar os processos de invisibilidade dos indivíduos frente a um sistema ju-

rídico, o qual, transcrito para a Propriedade Intelectual e para as fronteiras do direito de patentes, funcionam como chave para a compreensão de alguns problemas que serão elencados. Mas, voltando agora para o problema do caixa eletrônico como elemento metafórico, o direito nas suas abstrações normativas tem o mesmo comportamento do caixa eletrônico que reifica os sujeitos de direito inseridos em qualquer sistema normativo. No caso do caixa eletrônico, o meio utilizado para a transação acaba por representar aquele ser humano por trás, isto é, “você se tornou o cartão. O cartão não mais representa você, é você. Você desapareceu e se tornou invisível” (Bankowski, 1996-1997, tradução nossa).

A partir do argumento levantado, tem-se que a relação do direito do ponto de vista de sua generalidade acaba não sendo a melhor das situações para alguns casos. Assim, o que se tem na contrapartida seria uma consideração constante do particular, lembrando certa lógica consuetudinária. Certamente isso poderia acarretar graves consequências ao sistema jurídico, ou até mesmo, sua extinção. O argumento de Bankowski derivado da metáfora pode aparentar ser um argumento contra o próprio direito.⁷ Isso porque o direito na sua forma universal:

(...) remove a mágica do mundo social produzindo previsibilidade e racionalidade. Isso é o que o caixa eletrônico revela. Isso é importante, mas o caixa eletrônico deve saber quando a mágica deve retornar. Quando é necessário parar o computador de meramente se repetir. Quando nós deveríamos tratar algo como problemático ou difícil. (Bankowski, 1996-1997, p. 40, tradução livre).⁸

7 Se ainda considerarmos como faz Pachukanis (1988), identificaremos uma estreita ligação com Bankowski, que o usa durante seu texto. O direito em Pachukanis seria um parte da superestrutura que se assenta sobre a base e a lógica da produção capitalista. Pachukanis cria uma argumentação contra o mercado e contra o próprio direito, identificando nesse um dualidade: determinado, pois é fruto da lógica de produção, mas também determinante, uma vez que dita padrões da própria lógica de produção.

8 No original: “takes the magic away from the social world by producing predictability and rationality. This is what the computer teller does. This is important, but the computer teller must know when the magic has to come back. When it is necessary to stop the “computer” merely repeating itself. When we should treat something as problematic or hard.”

Essas proposições, contudo, se tornam incoerentes nos seus próprios termos, pois o direito não pode permear todas as ilhas da particularidade. Entretanto, Bankowski se propõe a ir além em suas metáforas. Bankowski problematiza a situação, afirmando que se o indivíduo, reificado e invisível para o caixa eletrônico, encontrasse um atendente que o escutasse atento para necessidade daquele, a solução seria diversa. Nesse instante está acontecendo o fato que o autor descreve como ir além do cartão bancário, o atendente está tentando ver a pessoa real por trás do cartão, a voz que clama por compaixão em uma situação de emergência. “O caixa vai além do cartão bancário, porque a decisão que ele tomou é particular, tomada em um momento particular e em circunstâncias concretas” (Bankowski, 2007, p. 119, tradução livre). Se esse atendente se comovesse pela situação e fornecesse o dinheiro ao sujeito como expressão de sua compaixão, estaria o problema resolvido? Para aquela particularidade, sim. Todavia, se esse mesmo atendente se perdesse na expressão de seu amor para com o próximo, em seus julgamentos particulares, fornecendo dinheiro a todos que estivessem na situação hipotética? De onde viria o dinheiro? O banco não entraria em colapso? Portanto, a situação não se resolve, mas o problema apenas encontra novos elementos constitutivos.

Ao fim e ao cabo, corre-se o risco de ficar preso em um (objetividade) ou outro lado (subjetividade). Mas ao se articularem as esferas do legalismo e do amor, poder-se-á encontrar uma resposta naquilo que Bankowski denomina meio-termo. Há de se ressaltar que a expressão “amor” empregada não é a da lógica sensual ou sentimentalóide, isto é, o amor em Bankowski é uma palavra que conduz a significados como compaixão, ou atenção e consideração pelo outro, ou solidariedade. Mas o que isso significa? Como se pode entender o amor e o direito como complementares, se aquele representa, aos moldes aristotélicos, as paixões que desvirtuam o homem, e esse, a racionalidade e a correção? Decerto, o que Bankowski está nos proporcionando é uma razão prática, que foge aos ideais consequencialistas ou categóricos e, portanto, é extremamente inovador num contexto de um sistema fechado do direito.

O amor não exclui a legalidade (ou o direito). A bem da verdade, o *viver plenamente o direito* se encontra em um contexto legal, em que o geral e o abstrato se fazem necessários, mas não devem ser simplesmente reproduzidos, sem o devido processo de reconstrução crítica. O que fornece essa tomada de consciência é a percepção das narrativas que são postas⁹ para os diferentes encontros do direito com o particular. São nesses pontos que o amor se insere, considerando as adversidades do caso, para, de fato, refletir e transcender as fronteiras da lei e as interpretações puramente semânticas. Isso possibilita que a própria lei se reestruture, que o direito, assumindo o risco do amor, encontre-se em tensão construtiva constantemente.

Interessante se torna atentar para o fato de que essa visão está inserida em um campo de significação moral, que sustenta essas possibilidades reinterpretativas proporcionadas pelo caminhar sobre a ponte traçada pelo amor entre o universal e o particular, entre a autonomia e a heteronomia. Mas a questão é: se é confortável estar em algum dos lados, como o da objetividade, por que assumir o risco do amor?

Termino com uma fábula. Se todas as referências para o mundo exterior é interrompida pelo cartão inteligente [...], então você que eu vejo é algo construído por meu sistema. Moralmente isso significa que eu não o trato como nada além de meu instrumento – eu faço o que quero de você. Sou um tirano. Por que eu deveria fazer o contrário? Considere o Deus todo poderoso e todo amoroso. Ele nos cria à sua imagem e semelhança. Mas nós não somos só suas criaturas. Ele nos permite autonomia, corre o risco da introdução do capricho e da vontade no seu confortável mundo. Por que? Por causa de seu amor. (Bankowski, 1996, p. 19, tradução nossa)

Essa mesma estratégia que Bankowski aplica pode ser, ainda, combinada com a construção da identidade moderna a partir da afirmação da vida cotidiana em Charles Taylor (1994). O autor possibilita uma interpretação cultural dos fatos, o que significa não

9 Bankowski discute mais a fundo os significados da narrativa dentro do Direito em: BANKOWSKI, Zenon. The value of truth: fact scepticism revisited. Legal study, Edinburgh, Vol. 257, 1981.

atentar para um simples elemento histórico como motor das transformações sociais, quer dizer, um determinado fato como gerador de mudanças em uma determinada sociedade.¹⁰ Taylor está preocupado em colocar o foco nas relações morais que se desenvolvem durante a modernidade e, precisamente, a mudança de uma fonte moral naturalista para um processo de interiorização dessas fontes.

A partir daí, ele consegue identificar mudanças relacionadas ao *ethos* social devidas às interpretações fortes que os sujeitos têm dos fatos históricos. Isso porque ele está considerando a construção de um *self* dialógico, pois “só sou um *self* em relação a certo interlocutor: de um lado, em relação aos parceiros que foram essenciais para eu alcançar minha autoterminação; de outro aos que hoje são cruciais para a minha apreensão de linguagens de autoconhecimento.” (Taylor, 1994, p. 37)

Nesse sentido, o que Taylor está demonstrando é como a afirmação de uma vida pautada no bem-viver está inserida dentro de um contexto moral onde podemos encontrar também o *amor* como essencial para a determinação de uma comunidade de indivíduos comprometidos com uma orientação moral que é julgada certa, porque “é uma forma de autoengano pensar que não falamos a partir de uma orientação moral que consideramos certa. Essa é uma condição para se ser um *self* operante, e não uma visão metafísica que podemos ligar e desligar” (Taylor, 1994, p. 135). Pode-se perceber como aquela tensão bankowskiana está, assim, inserida em um contexto de avaliação moral sobre como é certo se viver, tendo, antes, uma avaliação sobre os bens que nos cercam. Pode aparentar que a afirmação de que o “(...) bem tem sempre prioridade sobre o certo. Não que ele ofereça uma razão mais básica (...), mas no sentido de que é aquilo que, em sua articulação, dá o sentido às regras que definem o certo” (Taylor, 1994, p. 123) aponte para uma interpretação subjetivista dos bens que nos constituem. Todavia isso significa parar o esforço cognitivo e não perceber como o risco de se viver uma vida sobre a orientação do amor pode apontar para uma avaliação objetiva dos bens que

nos circundam. E, portanto, consegue-se eleger novos padrões interpretativos os quais se inserem nesse contexto moral de avaliação onde ser um *self* se torna possível.

Como o autor afirma, “(...) Nossas vidas também existem nesse espaço de indagação que só uma narrativa coerente pode responder. Para ter um sentido de quem somos, temos de dispor de uma noção de como viemos a ser e de para onde estamos indo.” (Taylor, 1994). Essa narrativa, a qual é concebida no relacionamento com os outros, em um processo dialógico, é essencial no entendimento da formação da identidade humana e na experimentação do amor em todos os aspectos da vida humana, tendo em vista que a vida cotidiana significa aspectos do humano referentes à produção e reprodução.

3 O tradicional a partir de princípios legais

Com os parâmetros metodológicos traçados, o objeto principal aqui não está diretamente ligado à prática tradicional e o conhecimento do nativo em si,¹¹ até porque o intuito é o de discutir o direito, o que não exclui o uso da transdisciplinariedade como ferramenta elucidativa. Contudo, aponta-se a propriedade intelectual em uma lógica distinta do comum, tendo em vista o delineamento teórico-metodológico aqui enunciado. Essa lógica está inserida em uma percepção do dual, isto é, do universal *versus* o particular que parece não encontrar espaço, em nenhum dos lados, para o conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Mas, por óbvio, o direito considerado numa perspectiva equiparada ao positivismo não pode assumir essas lacunas e, portanto, imediatamente trata de dar respostas a essa problemática, que acabam sendo transcritas em tratados e convenções internacionais.

Uma dessas respostas se trata da *Convention on Bio-*

11 E outros trabalhos a prática tradicional e a propriedade intelectual foi objeto principal, ver FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. Direito como Identidade e as biopatentes: o caso da *Phyllomedusa sp.* In. Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9a72a09b50fed7>>. Acesso em: 26 de jan. 2015.

10 Ver TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity. The Hastings Center Report, Vol. 25, No. 2 (Mar. - Apr., 1995), pp. 24-33.

logical Diversity, que estabelece um dos principais institutos que é o compartilhamento de benefícios, trazido pela revogada Medida Provisória 2.186-16 de 2001 e amplamente aceito. Entre outros objetivos, a Convenção estabelece no Artigo 1:

*Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a **conservação da diversidade biológica**, a utilização sustentável de seus componentes e a **repartição justa e equitativa dos benefícios** derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado* (Brasil, 1994, grifo acrescentado)

O primeiro princípio que é elencado nos objetivos é a conservação da diversidade biológica (conservation of biological diversity), comumente colocado como um dos objetivos do século e universalmente pretendido pela comunidade internacional. No entanto, justificar os comportamentos dos Estados-nação, soberanos na exploração da biodiversidade, sob a ótica da conservação da diversidade biológica, se tornou uma ótima ferramenta para resguardar os processos de biopirataria. É interessante, ainda, que a pretensão de universalidade do princípio é, se assim se interpretar, aplicado aos nativos, ou populações tradicionais, que também devem coexistir tendo em vista a conservação da biodiversidade. Dois equívocos são transcritos nesse princípio: o primeiro que demonstra uma visão de mundo sobre o nativo e, o segundo, um aparelhamento dessa visão de mundo com o objetivo/universal do direito. A crítica a esses dois pontos supracitados deriva da matriz teórica de Bankowski, a saber, a lógica do legalismo como predominância do objetivo sobre o particular e a essencialidade do particular para se compreender a visão do mundo do nativo.

Afirmar a pretensão de universalidade da conservação da diversidade biológica é, no mínimo, tautológico com relação às populações tradicionais (Carneiro da Cunha e Almeida, 2000). Isso porque esse conceito¹² não é compartilhado pelo nativo, talvez pelo

simples fato de o “conservar a diversidade biológica” não ser aplicado ao modo como o nativo vive, não se podendo falar em “conservar” algo sem o qual as populações tradicionais não existiriam. Poderia se entender que existe aqui um “choque cultural” como é descrito por muito teóricos, mas isso seria ainda extremamente errôneo e, até mesmo, afirmaria uma lógica do “ingênuo” sobre as populações tradicionais. Na contramão, Manuela Carneiro da Cunha demonstra em seus estudos que os povos tradicionais são grupos que criaram ou estão lutando para criar, através de meios simbólicos ou práticos, uma certa identidade pública, que contenha características como “uso de técnica de baixo impacto ambiental; formas justas de organização social; instituições com o poder impositivo legítimo e traços culturais seletivamente reafirmados e reforçados.” (Carneiro da Cunha e Almeida, 2000, p. 333). A partir desses argumentos, a afirmação comumente colocada de universalidade da conservação da diversidade biológica assume a mesma característica do caixa eletrônico em Bankowski (2007), se portando como geral e objetiva.

Essa postura é levada ao extremo com o segundo princípio: compartilhamento de benefícios (equitable sharing). Quando os olhares se atêm ao ôntico desse princípio, a primeira consideração levantada é positiva. Isso porque considerar que as populações tradicionais devem deter parte dos benefícios advindos do uso de seus conhecimentos e práticas milenares é propriamente justo. O problema está na resposta que é dada pela existência do compartilhamento de benefícios e a maneira como esse “direito” é estabelecido.

dualidade, pode ser encontrada em VIVEIRO DE CASTRO, Eduardo. O nativo relativo. *Mana*, v. 8, n. 1, p. 113-148, 2002. Nesse artigo o autor descreve um relato interessante que expressa o núcleo do que se pretende tentar mostrar. “[...] A professora da missão [na aldeia de] Santa Clara estava tentando convencer uma mulher piro a preparar a comida de seu filho pequeno com água fervida. A mulher replicou: “Se bebemos água fervida, contraímos diarreia”. A professora, rindo com zombaria da resposta, explicou que a diarreia infantil comum é causada justamente pela ingestão de água não-fervida. Sem se abalar, a mulher piro respondeu: “Talvez para o povo de Lima isso seja verdade. Mas para nós, gente nativa daqui, a água fervida dá diarreia. Nossos corpos são diferentes dos corpos de vocês” (Gow, comunicação pessoal, 12 de set. de 2000 *apud* Viveiro de Castro, 2002, p. 137-138).

12 Uma interessante discussão sobre esses diferentes pontos, essa

A Medida Provisória (MP) nº 2.186-16 de 2001, revogada pela Lei nº 13.123 de 2015, que regulava o instituto do *benefit sharing*, dispunha que todo o acesso ao conhecimento tradicional associado deve passar por análise de um órgão administrativo (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN), também criado pela mesma MP, para se estabelecer um *contrato* de uso do conhecimento tradicional. Shiraishi Neto e Fernando Dantas (2008) problematizam essa relação de contrato que se estabelece a partir da MP nº 2.186-16/01, ressaltando que a articulação gerada por essa inserção do direito nesse “novo” campo – comunidade indígena e comunidade local, que não são tão novos assim – instaura novos “sujeitos de direitos”. O problema é que essa inserção é uma tentativa de integrar esses “novos” fenômenos sociais às velhas categorias jurídicas. Sob a perspectiva metodológica, essa relação de universalidade/objetividade apresentada pela convenção e pela MP precisam, também, de sujeitos universais para sanarem o vácuo jurídico que se tem e, assim, as populações tradicionais são descaracterizadas e elevadas a uma categoria hipotética (Grossi, 2004) do direito que é a de “sujeitos de direito”.

No caso do “sujeito de direito”, é possível afirmar que se trata de um indivíduo completamente deslocado da sua própria existência, pois quando o direito se porta simplesmente como o caixa eletrônico (Bankowski, 2007), geral e abstrato, preocupa-se em transformar o diferente em igual, isto é, em transformar a diversidade em “sujeitos de direito” para que esse possa operar as trocas mercantis, as quais advêm do uso do conhecimento tradicional. Na linguagem metodológica, as populações tradicionais são invisibilizadas quando elevadas à generalidade da categoria “sujeitos de direito” e reduzidas a um receptáculo de mandamentos de otimização e imperativos categóricos que acabam transmitindo a perspectiva do que é “certo se fazer sobre o que é bom ser.” (Taylor, 1994, p. 15)

A partir do exposto uma conclusão inferencial aqui pode ser levada a cabo: uma determinada visão sobre o nativo e as populações tradicionais é instrumentalizada por via da legislação estabelecida. Por essa inferência descritiva, torna-se relevante estabelecer aqui um marco que evidencie uma percepção diferenciada, apontando para novos horizontes den-

tro da propriedade intelectual. O entendimento não poderia, assim, vir de um sistema já preconcebido e fechado em si mesmo, que é o direito. Por isso Viveiro de Castro ensina:

Não acho que os índios americanos ‘cognizem’ diferentemente de nós, isto é, que seus processos ou categorias ‘mentais’ sejam diferentes de quaisquer outros humanos. Não é o caso de imaginar os índios como dotados de uma neurofisiologia peculiar, que processariam diversamente o diverso. No que me concerne, penso que eles pensam exatamente ‘como nós’; mas penso também que o que eles pensam, isto é, os conceitos que eles se dão, as ‘descrições’ que eles produzem, são muito diferentes dos nossos – e portanto que o mundo descrito por esses conceitos é muito diverso do nosso. No que concerne aos índios, penso – se minhas análises do perspectivismo estão corretas – que eles pensam que todos os humanos, e além deles, muitos outros sujeitos não-humanos, pensam exatamente ‘como eles’, mais que isso, longe de produzir (ou resultar de) uma convergência referencial universal, é exatamente a razão das divergências de perspectiva. (Viveiro de Castro, 2002, p. 124)

Nesse sentido, não pairam mais dúvidas de que existem, por assim dizer, outros conceitos que não convergem em um referencial universal e geral como pretende a legislação, o que leva a perceber – aqui caminhando para o segundo ponto, a saber, qual é a resposta encontrada para o compartilhamento de benefícios – que a resposta de puro cunho monetário ao *benefit sharing* acaba se tornando vazia de conceito para o tradicional,¹³ gerando uma divergência de perspectiva. Mais uma vez, o outro, ou seja, o ser humano por detrás do cartão, é invisibilizado (Bankowski, 2007).

Não obstante, as inferências realizadas até o momento, de teor descritivo, carecem de um elemento causal que possa validá-las. Além disso, para chegar a conclusões positivas, no sentido de validar as hi-

¹³ Outras respostas foram dadas quando se estabeleceu o protocolo de Nagoya, mas quando se observa a *práxis* cotidiana, e posteriormente o caso apresentado, a efetivação dessas outras respostas ao *benefit sharing* ainda estão muito distantes de serem implantadas.

póteses levantadas na introdução, especificamente que as normas relacionadas à propriedade intelectual são inefetivas, ao revés do que se pensa, para a proteção do conhecimento tradicional, justamente por conterem contradições como as descritas acima. O elemento causal é, assim, encontrado por meio da pesquisa empírica associada a um determinado gênero vegetal: *Bauhinia sp.* A partir daí, as inferências causais realizadas justificarão e fortalecerão ainda mais o quanto descrito.

4 Estudo empírico

Considerar a natureza como uma reserva de grandes curas de doenças se enquadra na mesma categoria que sustentar a necessidade de conservação da biodiversidade por populações tradicionais, o que se revela, pois, no mínimo, problemático. Apesar disso, redescobrir as fontes naturais se tornou uma estratégia rentável para indústrias farmacêuticas e de cosméticos. Essa nova estratégia de “redescobrir” o evidente é comumente denominada de bioprospecção, à qual se referem o artigo 1º, inciso I e o artigo 7, inciso VII, da MP nº 2.186-16 de 2001:

Art. 1o Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:

*I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou **bioprospecção**.*

[...]

Art. 7º

*VII - bioprospecção: **atividade exploratória** que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com **potencial de uso comercial**. (Brasil. Medida Provisória nº 2.186, de agosto de 2001, grifo nosso)*

Nesse sentido, ter uma norma permissiva para os atos de exploração da biodiversidade deve em si ser tomada com cautela, até porque casos de biopirataria não são tão raros, como já denuncia o grupo

Amazonlink,¹⁴ que lista casos como a Copaíba, Andiroba, Cupuaçu e o caso da *Phyllomedusa bicolor*, revelando os elementos relacionados ao conhecimento tradicional de práticas indígenas. Por ora, essa “permissibilidade” expressa pode assumir efeitos diversos no mundo fático, gerando, ao revés, um mecanismo legal de suporte à prática da biopirataria e à própria degradação do conhecimento tradicional. Somado a esse fato, encontra-se a linguagem nada *sutil* que descreve a prática de bioprospecção como atividade *exploratória de potencial uso comercial*, evidenciando uma visão estritamente mercantilista com relação ao tradicional. É nesse imbróglio que o caso, que se passa a descrever, da *Bauhinia forficata* se insere.

Essa espécie é de ocorrência nativa do Sudeste do Brasil, mas é encontrada também em áreas montanhosas da região Nordeste.¹⁵ Tradicionalmente conhecida como pata-de-vaca, pé-de-boi, casco-de-burro etc. (Lorenzi e Matos, 2000), essa espécie é largamente usada na prática tradicional, sendo que o chá da folha é empregado no tratamento da diabetes, contra parasitoses intestinais, como diurético e hipercolesterêmico. Entretanto, como relata a literatura etnobotânica, as distinções entre as espécies do gênero *Bauhinia* são de cunho técnico, o que significa dizer que as espécies são muito parecidas na sua aparência. Nesse sentido, optou-se neste trabalho pelo uso primeiro do gênero *Bauhinia sp.*, com espécies espalhadas por todo território brasileiro, e, posteriormente, o uso da espécie *Bauhinia forficata*. Com relação ao gênero, diversos estudos etnobotânicos revelam o grande uso em comunidades tradicionais, como é trazido na introdução de um recente trabalho desenvolvido por pesquisadores do Instituto Nacional de Pesquisas Amazônicas e da Universidade Federal do Amazonas: “esses grupos (índios, caboclos, ribeirinhos, seringueiros, quilombolas, pescadores, (...)) são detentores de vasto conhecimento sobre plantas e o ambiente” (Vásquez, Mendonça e Noda, 2014). Esse estudo relata plantas medicinais citadas

14 Disponível em: < <http://www.amazonlink.org/> >. Acesso em : 20 de mai. 2015.

15 DUCK, A. Estudos de botânica no Ceará. Na. Acad. Bras. Cienc, Rio de Janeiro, 1959.

em 164 entrevistas – realizadas nas comunidades São Raimundo, Bom Jardim, Nossa Senhora do Livramento e Rei Davi – das quais a pata-de-vaca e o cipó-de-escada-de-jabuti, como são denominadas por essas comunidades algumas espécies do gênero em questão, se encontram na lista de plantas citadas como de uso tradicional.

Outro estudo que corrobora a ligação do gênero *Bauhinia* com práticas tradicionais traz uma lista de etnoconhecimento de plantas de uso tradicional nas comunidades São João do Tupé e Central (Reserva de desenvolvimento sustentável do Tupé), na qual se encontra outra espécie do gênero *Bauhinia*, como pode ser vista em recorte extraído da Tabela I apresentada no texto:

Tabela 1. Lista das etnoespécies de uso medicinal da RDS Tupé; i - introduzida, c - cultivada; n - nativa; SJ = Comunidade São João do Tupé; CC = Comunidade Colônia Central; % = total de citações expressas em porcentagem.

Nome vulgar	Família	Espécie	Tipo	Citações		%
				SJ	CC	
escada-de-jabuti: cipó-de-jabuti	Fabaceae	<i>Bauhinia guianensis</i> Aubl.	n	3	4	2,34

Fonte: SCUDELLER, Veridiana. et al. Etnoconhecimento de plantas de uso tradicional nas comunidades São João do Tupé e Central (Reserva de desenvolvimento sustentável do Tupé). In: SANTOS-SILVA, Edinaldo; SCUDELLER, Veridiana. (Orgs.). Biotupé: Diversidade Biológica e Sociocultural do Baixo Rio Negro, Amazônia Central. Manaus: UEA Edições, 2009. Cap. 15.

Partindo de uma perspectiva metodológica normativo-estruturante, não é possível uma argumentação fundamentada que desvincule o conhecimento sobre a *Bauhinia sp.* do tradicional, mesmo considerando a diversidade de espécies. Nesse sentido, para confirmar a hipótese levantada da inefetividade do sistema jurídico de propriedade intelectual, assumiu-se os termos *Bauhinia* e *Bauhinia forficata* como chaves de pesquisa. Para fins metodológicos de replicabilidade da pesquisa (Epstein e King, 2013), a coleta de patentes apresentada na Tabela 2

foi realizada através da inserção dos termos chaves de pesquisa no banco da World Intellectual Property Organization (WIPO)¹⁶, denominado *patentscope17*. A partir daí, selecionou-se dentre os filtros disponíveis de pesquisa, a opção *full text* que gerou um total de 36 patentes¹⁸. Contudo, muitas dessas não estavam relacionadas diretamente com o gênero *Bauhinia* ou com a espécie *Bauhinia forficata*, levando a estabelecer o critério: direta ligação com a invenção, como mais um filtro aplicado ao escopo de 36. Subsequentemente, retirou-se as patentes que estavam vinculadas ao PCT (Patent Cooperation Treaty), uma vez que a consideração de patentes vinculadas ao PCT poderia acarretar em duplicidade nos registros coletados (limitação do processo de coleta na OMPI), chegando-se, em vista disso, a um total de 12 patentes listadas a seguir.

16 Disponível em: <<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>>. Acesso em: 07 de Abr. de 2015.

17 Disponível em: <<https://patentscope.wipo.int/search/en/search.jsf>>. Acesso em: 07 de Abr. de 2015.

18 O período de coleta de dados se deu entre os dias 09 e 10 de fevereiro de 2015.

Tabela 2. Patentes relacionadas ao gênero *Bauhinia* e/ou a espécie *Bauhinia forficata*.

	Nome	Número / origem	Inventores	Resumo
1.	Composição e método para redução de peso	US20100040704 Estados Unidos	Paul Ling Tai	Composição e método para facilitar perda de peso em indivíduos. A composição é uma quantidade fisiologicamente efetiva de substâncias herbais da <i>Bauhinia</i> em um veículo adequado. Esse veículo pode ser água, álcool, misturas do mesmo, cápsulas, pó, tinturas, lipossomos, goma de mascar, pastilhas, doces, alimentos, cremes para a pele ou loções. O método consiste em administrar uma quantidade fisiologicamente efetiva de substâncias herbais em um indivíduo que procura a perda de peso. A presente substância herbal é obtida através das folhas da <i>Bauhinia forficata</i> .
2.	Agente preventivo/ terapêutico para osteoporose	JP2000191542 Japão	IshimaruHidehiko Tanaka Rumi HayashiTatsuo Akimoto Hiroshi	Este agente preventivo/terapêutico para osteoporose contém, pelo menos, um tipo de planta selecionado do grupo de plantas Coleus, plantas Ptychopetalum, plantas Adenophora, Solanumpaniculatum L., DalbergiasubcymosaDucke, <i>Bauhiniaforficata</i> Link, <i>Bauhinia forficata</i> sub sp. Pruinosa (VOG). Fortunato et Wunderlin, CinnamomumThunb.,and Punia granatum L., ou extratos relacionados. O agente, que é excelente no efeito inibidor da reabsorção óssea e livre de qualquer efeito colateral, é altamente seguro e eficaz para o uso humano.
3.	Uso de uma extração da <i>Bauhinia</i> para a preparação de fármacos e composições cosméticas.	EP1493431 European Patent Office	Corinna Wirth HerwigBuchholz	Utilização de um extrato aquoso ou aquoso-alcoólico (A) de <i>Bauhinia</i> é reivindicada para fazer uma composição para o tratamento cosmético ou farmacêutico de pele e cabelo. - Utilização de um extrato aquoso ou aquoso-alcoólico (A) de <i>Bauhinia</i> é reivindicada para fazer uma composição de: - (a) cuidado, preservação ou melhoria da condição geral da pele ou cabelo; - (b) a prevenção e / ou inibição do processo de envelhecimento para a pele ou cabelo humano; - (c) para promover a cicatrização de feridas; - (d) para a prevenção e / ou tratamento de doenças da pele associadas com queratinização anormal, e - (e) para a prevenção e / ou tratamento de todos os tumores malignos ou benignos da derme ou epiderme. - Uma reivindicação independente também está incluído para uma composição contendo (A). - Atividade - Dermatológica; Vulnerário; antisseborréica; Antipsoriático; Citostático; Antiinflamatório; Virucida. - MECANISMO DE AÇÃO - proteína inibidora de glicosilação. - Num teste, fibroblastos humanos foram cultivadas na presença de vitamina C para estimular a síntese de colágeno, em seguida, lisadas e marcadas com glucose tritiada por 15 dias, As proteínas foram removidas, extração e precipitação foram realizadas e a quantidade de glicose ligada medida por cintilação líquida contando. A adição de um extrato aquoso-alcoólico de <i>BauhiniaFortificata</i> (0,03 mg / mL), reduziu a glicosilação da proteína a 55% do que no controle.

4.	Produto herbal a ser administrada em pessoas diabéticas e o processo de sua obtenção	US20080206372 Estados Unidos	Juan Carlos Agreda Navajas Fidel Martin Pinto Efren William Belo Maluendas	Produto à base de plantas, para a sua administração em pessoas diabéticas e processo de sua obtenção. O produto é constituído pela mistura de duas plantas, uma delas pertencente à família Myrtaceae, preferencialmente das espécies de <i>Syzygium</i> e o outro para a família Leguminosae-caesalpinioideae, e preferencialmente de uma variedade de <i>Bauhinia</i> . O seu processo de produção é desenvolvido pela colheita e separação das sementes de <i>Syzygium</i> e das folhas de <i>Bauhinia</i> ; a sua limpeza por pulverização; sua secagem até atingir 9% de umidade e sua retificação, esterilização e mistura homogênea nas quantidades estabelecidas.
5.	Uso de um extrato aquoso ou hidroalcoólico de <i>Bauhinia</i> para a preparação de uma composição.	US20080044502 Estados Unidos	Corinna Wirth HerwigBuchholz	A presente invenção relaciona-se a uma composição contendo um extrato aquoso ou hidroalcoólico de <i>Bauhinia</i> para a preparação de um composto para cuidado, preservação e melhoramento do estado geral da pele ou cabelo, para profilaxia ou a prevenção e / ou inibição do processo de envelhecimento para a pele ou cabelo humano e para a profilaxia e/ou tratamento de doenças associadas com envelhecimento da pele.
6.	Extrato de <i>Bauhinia</i>	US20040170714 Estados Unidos	Herwig Buchholz Corinna Wirth VelerieBicar-benhamou Deoclecio Carmo Didier Mesangeau	A presente invenção relaciona-se com extrato de planta advinda das espécies de <i>Bauhinia</i> (<i>Bauhinia sp.</i>) com atividade hiperglicêmica, a qual é caracterizada através da obtenção de espécies de <i>Bauhinia</i> e por um método para produção do extrato e o uso desse extrato em tratamentos de diabetes tipo 2.
7.	Loção para pele	JP11158031 Japão	Hiroaki Kami-bayashi Yoshimasa Tanaka Masanoru Sugimoto	A loção para pele é obtida incluindo (a) 0.00001-20 (pref. 0.001-10) wt. % de planta(s) selecionadas da Sucupira (nome científico: <i>Bowdichianitidas</i> besp. ex. Benth), Pata-de-vaca (nome científico <i>Bauhinia forficata</i> L.), cravo-de-defundo (nome científico: <i>Tageteserecta</i> L.) ou extratos relacionados e (b) como necessário, outros ingredientes, tais como componente oleoso, água, surfactante, humidade, álcool, agente espessante, antioxidante, agente sequestrante, ajustador de pH, um agente antisséptico, perfume e corantes, surfactante, humidade, álcool, agente espessante, antioxidante, agente sequestrante, ajustador de pH, um agente antisséptico, perfume e corantes; em que o componente (a) é pref. um extrato a partir dos caules, folhas, cascas, raízes e / ou sementes da planta de cima (s) (em qualquer forma, tais como essência ou separados e purificados a partir do extrato de matéria líquida), e uma extração de solvente a ser utilizada é pref. etanol ou água, e a extração temperatura é pref. 3-70C

8.	Novo ciclo celular regulador inibidor hy52, modo de preparação e aplicação como anticancerígenos.	kr1020030005441 Coreia do Sul	Du jinBaek YulHui Cho Ji hong Kim Min Gyeong Kim Chang ho Lee Min a Lee HyeYeong Lim Yung ho lim Han GyuSeo Su Min Seo	Um novo composto por um regulador do ciclo celular e um inibidor de cdc2 e cdk2 enzima de fosforilação da proteína e do seu método de preparação são proporcionados, em que o composto mostra a atividade anticancerosa
9.	HY53 como um novo inibidor do ciclo celular controlador de fatores; preparação e uso anticancerígenos	kr1020030010777 Coreia do Sul	Du jinBaek YulHui Cho Ji hong Kim Min Gyeong Kim Chang ho Lee Min a Lee HyeYeong Lim Yung ho lim Han GyuSeo Su Min Seo	São fornecidos HY53 como um novo inibidor de um fator de controle do ciclo celular, e um processo para produzir o HY53 de <i>Bauhinia forficata</i> , que pode ser utilizado como um controlador de ciclo celular, um cdc2 e cdk2 inibidor da quinase de proteína, e um fármaco anticâncer.
10.	Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isoladas em <i>Bauhinia sp.</i>	BRPI0704854 Brasil	Maria Luiza Vilela Oliva Misako Uemura Sampaio	Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isolados de <i>Bauhinia sp.</i> A presente invenção se refere ao uso de inibidores de peptidases isolados a partir de <i>Bauhinia sp.</i> com propriedades antibióticas, nem como uma composição farmacêutica compreendendo os mesmos.
11.	Agente antiviral leguminosa contendo o extrato orgânico da planta	JP7165599 Japão	Yamada Shoji Koyama Keizo Iinuma SoKazu Konno Kenji	A presente invenção relaciona-se a um agente antiviral contendo um solvente orgânico extraído de plantas que pertencem a leguminosas (Leguminosae) como um ingrediente ativo.
12.	Inibidor de colagenase e cosmético anti-velhecimento	JP2003055190 Japão	Hideko Honda Kazue Murata Hidehiko Yamaki	A presente invenção refere-se a cosméticos anti-velhecimento utilizando um inibidor da colagenase e inibidor de colagenase com uma excelente inibidora da colagenase válida em anti-velhecimento da pele

Analisar a tabela exposta acima é perceber o nexo da inferência causal que liga dois fatores conhecidos: a legislação e o fato da biopirataria institucionalizada (apropriação de conhecimento tradicional por patentes registradas por agentes internacionais). Mesmo estando diante de uma clara descrição botânica nativa, a *Bauhinia sp.* e *Bauhinia forficata*, das doze patentes descritas somente uma é produto da pesquisadora brasileira Maria Luiza Vilela Oliva (patente número 10 da Tabela 2).

Assim sendo, perceber a potencialidade de aplicabilidade industrial e do passo inventivo da *Bauhinia sp.* e *Bauhinia forficata* a partir da tabela não é um pro-

blema, preenchendo, portanto, dois dos três requisitos legais para conferência de uma patente expostos pelo *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property* (TRIP). O outro requisito legal é a novidade, como expõe o decreto legislativo:

Art. 27. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicabilidade industrial. (Brasil, Decreto nº 1.355 de dezembro de 1994)

A discussão que se coloca com relação às patentes

apresentadas é se existe de fato adequação legal, tendo em vista os três requisitos taxativos do decreto legislativo transcrito acima. Estariam as patentes apresentadas preenchendo o requisito da novidade, tendo em vista que por detrás delas existe todo um conhecimento tradicional sem o qual a patente perderia seu fundamento? Responder a essa questão desvela o véu do legalismo que se coloca sobre a variante causal entre os fatos da existência da legislação e os da existência da biopirataria institucionalizada. Decerto, o requisito “novidade” é um elemento variável, isto é, a novidade de uma invenção carece de profunda avaliação pericial, que, em certo sentido, não pode ser trazida em um texto argumentativo legal. De qualquer modo, ater-se somente à necessidade pericial de se dizer se há ou não novidade e, portanto, legalidade das patentes apresentadas é no sentido teórico-metodológico, escolher um dos lados do direito: o geral ou o abstrato da norma, no qual se tem a mera subsunção como critério de validade. Do ponto de vista teórico-metodológico, deve-se ponderar as narrativas colocadas no fato/caso concreto e, assim, perceber a maneira como o direito e os fundamentos morais da vida cotidiana devem lidar com as situações (Bankowski, 2007; Taylor, 1994). Nesse sentido, restringir-se a um critério pericial legal é aceitar, por consequência, um critério de justiça categórico que derivaria das normas gerais e abstratas descritas acima. É optar por deixar de lado, reificar e invisibilizar toda a construção milenar que subjaz ao conhecimento tradicional apropriado pelas patentes listadas.

O fator causal que permite afirmar essa apropriação de conhecimento tradicional é percebido nos resumos das patentes apresentadas como as de números 1, 2, 4 e 7 da Tabela 2, que fazem uso do nome *Bauhinia sp.*, *Bauhinia forficata*, *Bauhinia* e até mesmo do nome popular “pata-de-vaca”. Essa inferência causal fortalece o argumento da apropriação elencada na medida em que se observa a origem das patentes 1, 2, 4 e 7 da Tabela 2, respectivamente: Estados Unidos, Japão, Estados Unidos, Japão. Não resta dúvida de que, embora se obtenha uma resposta positiva ao critério pericial legal de novidade das patentes, preenchendo dessa maneira os requisitos do decreto legislativo, as supracitadas patentes estão corrompidas, pois se evidenciou nesse texto a origem, os usos e algumas das comunidades que lançam mão

de seu conhecimento tradicional sobre a *Bauhinia sp.* na vida cotidiana. A inferência descritiva que se pode chegar, então, aponta primeiro para a ilegalidade das patentes apresentadas. Cumpre destacar que a “ilegalidade” aqui apresentada não necessariamente decorre da subsunção lógica tradicional, isto é, se *a* então *b*, se não *a*, então não *b*. A bem da verdade, o sentido de legalidade que se usa neste trabalho deriva da concepção de viver plenamente o direito (*Living Lawfully*), que requer um comprometimento com as narrativas colocadas e, assim, mesmo que o critério de validade lógico-racional seja preenchido, cabe avaliar se de fato há uma aplicação legal do direito, ou se é necessário ampliar os horizontes legais interpretativos. Essas narrativas evidenciam as avaliações fortes que envolvem “discriminação acerca do certo ou errado, melhor ou pior, mais elevado ou menos elevado, que são validadas por nossos desejos, inclinações ou escolhas” (Taylor, 1994, p. 17).

No caso em questão, pode-se preencher os requisitos de patenteabilidade que a norma postula: aplicabilidade industrial, passo inventivo e novidade; mas se assim o fizer, o cenário jurídico é reduzido e o elemento *justiça* é simplesmente colocado à margem.

Nessa zona de aporia normativa, a resposta dada ao problema seria, depois da apropriação do conhecimento tradicional, estabelecer um nexos retributivo dos lucros alcançados pela invenção. Mencione-se aqui a disposição do “compartilhamento de benefícios” (equitable sharing), postulado pela CBD e recepcionado pelas normas internas. Entretanto, como se não fosse suficiente a argumentação elencada na primeira inferência realizada neste trabalho sobre o compartilhamento de benefícios, a partir da tabela construída e dos fatos anteriormente apresentados, a proposição desse instituto é evidentemente uma estratégia mercantil, segundo a qual o mercado trata de dar uma resposta que legitime o ato de apropriação. Nesse mesmo sentido, pode-se interpretar que conjuntamente a esse fato se tem o que Shiraiishi Neto e Fernando Dantas (2008) percebem nessa problemática em questão, a saber, a criação de novos sujeitos de direito correspondentes ao desejo da idealidade normativa. Entretanto, a partir do delineamento teórico-metodológico “foi possível desvendar o ‘segredo’ último da personalidade jurídica: a uni-

versalização do homem como sujeito de direito é, ao mesmo tempo, a universalização como mercadoria – a disposição do movimento de valorização do capital” (Kashiura Junior, 2012, p. 165), sendo justamente isso que a resposta dada pelo compartilhamento de benefícios acarreta.

Retomando a análise da tabela de patentes, pode-se perceber, ainda, que oito (8) das doze (12) patentes listadas advêm dos Estados Unidos e do Japão, principais países produtores de tecnologia no cenário mundial. Esses mesmos dois países, em relatório publicado pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO),¹⁹ são também os dois países que aparecem em primeiro (EUA) e segundo (JP) lugares como países que mais depositaram pedidos pelo Patent Cooperation Treaty (PCT) na WIPO em 2014, constando uma porcentagem de 28,7% para os Estados Unidos e 19,8% para o Japão. Esse percentual de 48,5% se deve, obviamente, à capacidade industrial avançada desses dois países, mas não se pode atribuir a esse fato único a exclusiva responsabilidade por tamanho desenvolvimento inventivo. Assim, utilizando os fatos conhecidos, a porcentagem de patentes depositadas e de normas permissivas com relação à bioprospecção, pode-se apontar para um fator também político que justifica esse “acúmulo” de patentes. Esse fator é evidenciado no interesse de grandes companhias farmacêuticas e cosméticas, muitas delas tendo sede nos países citados, que influenciam direta e indiretamente os debates e as construções legais. Esse fator político está ligado ao agigantamento dessas instituições e do seu interesse na biodiversidade e no conhecimento tradicional, pois a diversidade de respostas e demandas procuradas são encontradas na mesma medida, isto é, na diversidade biológica. Essa inferência decorrente do fator *poder político* dessas instituições pode ser fortalecida quando se observa o nome e o resumo das patentes números sete (7), *loção para pele*, e doze (12), *inibidor de colagenase e cosmético antienvelhecimento*, que estão diretamente relacionadas com produtos cosméticos e estéticos; bem como se se observar a patente número dez (10)

da tabela, *Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isoladas em Bauhinia sp.*, claramente vinculada ao processo e produção de fármacos.

A partir desses resultados alcançados, poder-se-ia ainda especular sobre o motor inicial desse todo complexo que relaciona não somente à prática da biopirataria, mas também a própria produção legislativa. Entretanto, a inferência descritiva possível é a de que existe, no cenário internacional da propriedade intelectual, uma depreciação do conhecimento tradicional ou, mais detidamente, a erosão das condições de produção de conhecimento local associado à biodiversidade, uma vez que a apropriação desses foi claramente revelada a partir das patentes elencadas acima. Além disso, infere-se que 48,5% das patentes depositadas em 2014 pelos EUA e Japão, somadas ao contingente de ilegalidade aqui apresentado, validam a tese de biopirataria institucionalizada e pilhagem de conhecimento na contemporaneidade.

O direito se revela, assim, perverso para com alguns, ao passo que a pretensão de universalidade almejada pelas normas as quais trabalham o assunto da propriedade intelectual e da patente se acomodam na generalidade proporcionada, assemelhando-se ao caixa eletrônico da metáfora de Zenon Bankowski e restringindo as possibilidades de avaliação sobre uma determinada concepção de vida boa nos moldes de Taylor. A partir daí confirma-se a hipótese apresentada inicialmente: as patentes relacionadas à *Bauhinia forficata* e à *Bauhinia sp.* coletadas na OMPI demonstram falhas na efetividade do atual sistema jurídico de propriedade intelectual, considerando a necessidade de salvaguarda do conhecimento tradicional – haja vista as comunidades locais que trabalham com a planta –, o que se valida com base na argumentação desenvolvida e nos fatos empíricos apresentados, expondo, assim, a maneira como as escolhas morais devem ser ampliadas no sentido de compreender a perspectiva do outro (o tradicional) inviabilizado no atual sistema de patentes. Deve-se dar ao risco da tensão entre o amor e o direito para se caminhar em um progresso cognitivo-normativo, trazendo à tona o valor justiça no contexto da aplicação legal.

19 Esse relatório se refere aos números de patentes que foram requeridas pelo PCT agreement: International Applications filed under the Patent Cooperation Treaty. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/docs/infographics_systems_2014.pdf>. Acesso em 24 de mar de 2015.

5 Discussão de resultados e conclusão

À guisa de conclusão, pode parecer que o trabalho apresentado carece de respostas. Decerto, muitas inferências foram realizadas, bem como foram colocados em xeque alguns institutos e normas de aplicação interna e internacional, tais como os requisitos de patenteabilidade e o compartilhamento de benefícios. Entretanto, a grande questão não deve ser a incessante busca por uma resposta quando se abre uma lacuna no sistema jurídico, até porquanto em tempos em que se exalta um novo paradigma na ciência do direito (o confuso movimento “denominado” pós-positivismo), a busca por uma resposta imediata, a afirmação da completude do sistema é, portanto, a sua própria negação.

Não se tem a pretensão de apresentar respostas, mas de evidenciar problemas históricos que marcam a construção da mitologia do jurídico e do abissal sistema patentário, o qual exclui comunidades tradicionais da caracterização imperativa da ciência, mas ao mesmo tempo se apropria desse conhecimento posto como não-ciência para fundamentar as invenções da modernidade relacionadas a fármacos e cosméticos. Assim, classificar este trabalho como prescritivo ou descritivo não é cabível na sua definição, uma vez que se problematizam os modelos apresentados sobre propriedade intelectual. Por isso não se emitem respostas do ponto de vista prescritivo (dever ser) ou se descreve (descritivo) um processo adequado.

Assim sendo, a necessidade de ressignificar o viés interpretativo que se impõe sobre o tradicional é justamente um caminho a se percorrer com vistas a minimizar alguns impactos que a predatória prática científica está gerando. Como se não bastasse isso, com a recente aprovação do marco da biodiversidade sancionado no sistema jurídico brasileiro no dia 20 de abril de 2015, o verdadeiro discurso vencedor foi o da necessidade de se avançar e se “ganhar uma corrida” com relação à produção de biotecnologia, ao passo que pouco se fala com relação às consequências dessa “corrida” para as comunidades tradicionais.

A propriedade intelectual e o direito de patente não podem continuar a fornecer elementos normativos que fomentem a prática de pilhagem de conhecimento e a biopirataria institucionalizada, pois é esse

o significado latente da palavra bioprospecção que vem sendo empregada em termos normativos como na CBD, MP nº 2.186-16 entre outros. Não obstante, diante desse quadro de perdas históricas sofridas pelo conhecimento tradicional, deve-se lutar por uma perspectiva normativa reestruturante dos paradigmas legais, a preceder uma organização político-institucional desses movimentos. Aqui vale ressaltar o importante papel de cooperações políticas institucionais entre as comunidades tradicionais e sujeitos acadêmicos das mais diversas áreas para uma tentativa de reverter o quadro que se instaura. Portanto, são extremamente relevantes trabalhos que apontem para uma análise empírica, evidenciando casos como o aqui tratado, pois assim se unem forças para se instaurar uma luta por reconhecimento nos moldes das quebradeiras-de-babaçu no movimento Babaçu-livre, no norte do país, e a luta pelo queijo-serrano no sul do Brasil.

Por fim, o que prevalece no momento histórico é um quadro de perdas, pois as condutas éticas expressas pela idealidade normativa camuflam um discurso do *avanço*, típico do paradigma iluminista.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Babbie, E. (2000). *The practice of social research*. Belmont: Wadsworth/Thomson learning.
- Bankowski, Z. (2007). *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____. (1996-1997). Law, Love and Computers. *Edinburgh L. Ver.*, 25 (1), 25-32.
- _____. (1998). The value of truth: fact skepticism revisited. *Legal Stud.*, Chicago.
- Brasil. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Recuperado em: 22 de jan. 2015, de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. _____ . Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998. Recuperado em: 22 de jan. de 2015, de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>.
- _____. Medida Provisória nº 2, de 23 de agosto de 2001. Recuperado em: 26 de jan. de 2015, de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>.
- Carnero da cunha, M., almeida, M. W. B. (2000). Indigenous People, Traditional People, and Conservation in the Amazon. *Daedalus*, Cambridge, 129 (2), 315-338.
- Dantas, F. A. C (2003). Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. *Hiléia* (UEA), Manaus, 1 (1), 85-119.
- Epstein, L., king, G (2013). *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV.
- Gomes, C. (Coord.) (2010). *Direito e Biodiversidade*. Curitiba: Juruá.
- Grossi, P. (2007). *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Honneth, A. (2003). *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34.
- Kuhn, T. S (2003). *A Estrutura das Revoluções Científicas* (7ª ed). São Paulo: Perspectiva.
- Lacomini, V. (2009). *Propriedade Intelectual e Biotecnologia*. Curitiba: Juruá.
- Lorenzi, H. (2002). Árvores brasileiras: manual de identificação e cultivo de plantas arbóreas nativas do Brasil. São Paulo: Instituto Plantarum, 384.
- _____.; Matos, F. (2008). *Plantas Medicinais no Brasil: nativas e exóticas*. São Paulo: Instituto Plantarum.
- Porro, N., Menasche, R., Neto, J. S (2014). Babaçu livre e queijo serrano: história de resistência à legalização da violação a conhecimentos tradicionais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, 41 (20), Jan./Jun.
- Scudeller, V. V., et al (2009). Etnoconhecimento de plantas de uso medicinal nas comunidades de João do Tupée Central (Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé). In: SANTOS-SILVA, Edinaldo N.; SCUDELLER, Veridiana V. (Org.). *Diversidade Biológica e Sociocultural do Baixo Rio Negro, Amazônia Central* (2) Manaus: UEA Edições.
- Shiraishi Neto, J., Dantas, F. A. C (2008). A 'Comoditização' do Conhecimento Tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. *Revista Economia y Sociedad*, Costa Rica, 33/34 (13), 119-131.
- Shklar, J. N (1967). *Direito Política e Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Taylor, C. (1997). *As Fontes do Self: A construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola.
- _____. (1995). Two Theories of Modernity. *The Hastings Center Report*, 25 (2), Mar.-Apr., 24-33.
- Vásquez, S. P. F. et al (2014). Etnobotânica de plantas medicinais em comunidades ribeirinhas do Município de Manacapuru, Amazonas, Brasil. *Act Amazonica*, 44 (4), 457-472.
- Viveiro de Castro, E. (2002). O nativo relativo. *Mana*, 8 (1), 113-148;

Referências das patentes ordenadas de acordo com Tabela 2

- Paul R. Martin (Estados Unidos). Tai Paul Ling. *Composition and method for weight reduction*. US nº US20100040704, 18 ago. 2008, 18 fev. 2010.
- Lion corp (Japão). Tanaka Rumi; Hayashi Tatsuo; Akimoto Hiroshi. *Preventive/Therapeutic Agent for Osteoporosis*. JP nº JP2000191542, 25 dez. 1998, 11 jul. 2000.
- Merck Patent Gmbh (Alemanha). Corinna Wirth; Herwig Buchholz. *Use of an extract of bauhinia for the preparation of pharmaceutical and cosmetic compositions*. DE nº EP1493431, 07 maio 2004, 05 jan. 2005.
- Lapointe Law Group (Estados Unidos). Juan Carlos Agreda Navajas; Fidel Martin Pinto; Efren William Belo Maluendas. *Herbal product to be administered to diabetic people and process to obtain it*. US nº US20080206372, 05 maio 2008, 28 ago. 2008.
- Corinna Wirth; Herwig Buchholz (Estados Unidos). Corinna Wirth; Herwig Buchholz. *Use of an aqueous or hydroalcoholic extract of bauhinia for the prepara-*

- ration of a composition*. US nº US20080044502, 18 jul. 2007, 21 fev. 2008.
- Herwig Buchholz; Corinna Wirth; Valerie Bicard-Benhamou; Deoclecio Carmo; Didier Mesangeau (Estados Unidos). Herwig Buchholz; Corinna Wirth; Valerie Bicard-benhamou. *Bauhinia extracts*. US nº US20040170714, 27 jan. 2004, 02 set. 2004
- Lion Corp (Japão). Hiroaki Nakabayashi; Yoshimasa Tanaka; Masanori Sugimoto. *Skin Lotion*. JP nº JP11158031, 01 dez. 1997, 15 jun. 1999.
- Disgene; Chul Hoon Lee (Coréia do Sul). Du Jin Baek; Yul Hui Cho; Ji Hong Kim. *Novel cell cycle regulator inhibitor hy52, preparation method thereof and use thereof as anticancer agent*. KR nº kr1020030005441, 27 jun. 2001, 23 jan. 2003.
- Disgene; Chul Hoon Lee (Coréia do Sul). Du Jin Baek; Yul Hui Cho; Ji Hong Kim. *HY3 as novel inhibitor of cell cycle controlling factor, preparation thereof and use as anticancer drug*. KR nº kr1020030010777, 27 jun. 2001, 06 fev. 2003.
- Universidade Federal De São Paulo - Unifesp Fundação De Amparo A Pesquisa Do Estado De São Paulo - FAPESP. Maria Luiza Vilela Oliva; Misako Uemura Sampaio. *Uso de inibidores da agregação plaquetária e da coagulação isolados de bauhinia sp*. BR nº BRPI0704854, 07 ago. 2007, 24 mar. 2009.
- Drug Discovery Institute Of Technology Co., Ltd. (Japão). Yamada Shoji; Koyama Keizo; Inuma Sokazu. *Antiviral agent containing the organic extract of legumes*. JP nº JP7165599, 07 dez. 1993, 27 jun. 1995.
- Koei Kogyo Co.,Ltd (Japão). Hideko Honda; Kazue Murata; Hidehiko Yamak. *Collagenase inhibitor and anti-ageing cosmetic*. JP nº JP2003055190, 01 ago. 2001, 26 fev. 2003.

ENTRE O DIREITO E A SOCIEDADE: entrevista com Bryant Garth // *Fernando de Castro Fontainha*¹, *Izabel Saenger Nuñez*² e *Paulo Eduardo Alves da Silva*³

No dia 30 de maio de 2015, durante a conferência anual da *Law & Society Association*, que acontecia na cidade de Seattle, Bryant Garth concedeu uma entrevista aos três autores. Um dos mais influentes acadêmicos do campo da Sociologia do Direito, e um dos principais quadros do que se denominou *Law & Society Movement*, ele nos concedeu mais de duas horas de entrevista. Falamos sobre suas origens familiares, sua opção pelo curso de Direito e a construção de sua carreira. O leitor acompanhará o contexto dentro do qual ele ocupou diferentes posições jurídicas e acadêmicas, bem como constituiu redes e produziu trabalhos. Interessa particularmente a uma reflexão biobibliográfica a maneira como Bryant Garth se constituiu como ator singular no nosso campo de estudos. Se por um lado, cresceu academicamente sob influência da primeira geração do L&SM (David Trubek, Lawrence Fridman, Marc Galanter), de forte ancoragem americana, de outro construiu parcerias sólidas com pesquisadores europeus, notadamente Mauro Cappelletti e Yves Dezalay. Se trata de uma trajetória a partir da qual se pode observar privilegiadamente a convergência da empiria americana e do comparatismo europeu para a produção de algo realmente novo na Sociologia do Direito. Esta entrevista se pretende uma fonte para estudos e reflexões. Ela se apresenta na exata forma em que foi gravada. Sua transcrição direta do inglês foi realizada por Izabel Nuñez e Veridiana Domingos Cordeiro. A conferência de fidelidade e a tradução para o português foram realizadas por Izabel Nuñez. A revisão técnica da tradução foi realizada por Fernando Fontainha e Paulo Eduardo Alves da Silva. Os perfis das pessoas mencionadas pelo entrevistado foram feitos por Paulo Eduardo Alves da Silva. Boa leitura:

1 Professor do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ (IESP/UERJ).

2 Doutoranda em Antropologia na Universidade Federal Fluminense (UFF).

3 Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP).

Fernando Fontainha: É dia 30 de maio de 2015, estamos em Seattle, no hotel Westin Seattle, onde está acontecendo o Encontro Anual da *Law & Society*. Entrevistaremos o professor Bryant Garth. Como entrevistadores temos eu, Fernando Fontainha, professor do IESP/UERJ; Paulo Eduardo Alves da Silva, da Universidade de São Paulo (USP) e Izabel Nuñez da Universidade Federal Fluminense (UFF). E claro, nosso entrevistado, Professor Bryant Garth, da Universidade da Califórnia-Irvine. Bryant, nós gostaríamos de lhe perguntar, primeiro, temos aqui alguns dados sobre a sua trajetória, verificamos que você nasceu no dia 9 de dezembro, em San Diego, na Califórnia. Você poderia nos descrever a casa onde você cresceu, o lugar e as pessoas com as quais você foi criado? O nome e as profissões dos seus pais?

Eu nasci no que provavelmente se chamaria de uma família de classe média alta, num subúrbio bastante rico de San Diego, chamado La Jolla, que vocês devem conhecer. Meus pais não eram ricos e o meu pai sempre foi aposentado, então vivíamos de renda, mas rendas não muito afortunadas. Eu cresci muito focado nos estudos e acho que compreendendo que meus pais eram muito ativos e acreditando que eles eram parte da classe alta, mas eu podia ver que éramos uma família decadente, ao invés de uma família ascendente. Então se eu estivesse entrevistando a mim mesmo, essa seria uma das coisas que eu perceberia, que me deu talvez um pouco mais de ambição por que eu não era, eu percebia, que eu não vinha de uma família abonada.

FF: E você cresceu entre irmãos e irmãs?

Um irmão mais velho e uma irmã mais nova.

FF: Eles também estão no campo do direito?

Ambos são juristas⁴. Mas eu não venho de uma família de juristas. Eu cursei a faculdade de direito, depois meu irmão cursou e depois minha irmã. Foi,

4 NT: Do original: “lawyers”. Em inglês, todas as profissões do campo jurídico podem ser designadas pelo termo. Assim, por não podermos precisar a atividade dos irmãos do entrevistado, optamos por usar o termo “jurista”.

eu penso, eles fizeram o curso em parte por que eu fiz. E não é incomum nos Estados Unidos que pessoas que não saibam o que fazer, cursem a Faculdade de Direito.

FF: É, não é incomum. Bem, mas um pouco antes da Faculdade de Direito, como você descreveria sua vida na escola, antes da Universidade?

Eu era uma daquelas pessoas que de fato gostavam da escola. Eu praticava esportes, fui vice-presidente do grêmio da escola, voltado ao sucesso e conseguia o que eu queria. Mas era o Sul da Califórnia, na década de 60, então eu era um pouco mais bárbaro do que aparece no meu currículo. Eu certamente tive sorte por nunca ter arrumado problemas e ter uma boa posição para ir para a Universidade⁵.

Izabel Nuñez: Antes da Faculdade de Direito, você estudou literatura ou algo parecido?

Eu cursei American Studies⁶.

IN: American Studies. E como era, professor?

Eu fui para Yale, que era muito longe de San Diego. Minha mãe havia estudado em Wellesley, que era uma escola do leste e meus pais realmente gostaram da ideia de que eu fosse para Yale. Eu não tinha certeza no que queria me graduar, como amava história, American Studies pra mim era sobretudo história, você aprende sobre a época em que os Estados Unidos eram uma colônia, até mesmo um pouco de história europeia, por que o diploma em American Studies, você precisa saber um pouco de história Russa e a Guerra Fria, entre outras coisas. Então, como eu era muito fascinado por assuntos estrangeiros, relações internacionais, e era um

5 NT: Do original “college”. Não há correspondente em português, uma vez que os sistemas de ensino da sociedade americana e brasileira são diferentes. Optamos, portanto, por traduzir por Universidade, pois se trata do estágio subsequente ao final dos estudos secundários.

6 NT: Nos Estados Unidos o curso de Direito é uma pós-graduação. No nível da graduação, logo após o “segundo grau” há o college, no caso de American Studies, pode ser literalmente traduzido por Estudos Americanos. Optamos por manter o termo original de modo a conservar seu sentido.

momento especialmente bom para estar estudando, por que era o ano de 1970, quando tudo estava acontecendo no mundo: tínhamos as manifestações contra as invasões no Camboja e Yale fechou por muitas semanas, então era uma época em que as pessoas levavam as ideias a sério. Você lia muita literatura crítica, era parte da formação de todos naquele momento.

FF: Deixe-me perguntar algo, por que esse é um tipo de formação acadêmica que não temos no Brasil, então para um leitor brasileiro, você poderia explicar melhor o que é uma formação chamada “*American Studies*”? É um curso de três anos, é um bacharelado?

*Existia uma tendência para diplomas interdisciplinares, então a ideia era que ao invés de apenas fazer história ou literatura, você poderia combinar ciência política, história, alguma literatura, em algo chamando *American Studies*. Assim você teria também Estudos Europeus, etc. Hoje você tem Estudos Latino-Americanos, Estudos Africanos, era o início desse movimento. Se você fosse lecionar no curso de *American Studies* você provavelmente não teria se formado em *American Studies*. Você teria um doutorado em uma dessas três disciplinas. Esse era apenas um dos muitos diplomas que você poderia escolher e, se você soubesse a forma como gostaria de trabalhar, você podia passar um ano apenas cursando as disciplinas e depois escolhia a área de estudo de sua preferência. Você poderia ser um cientista, podia ter um diploma em matemática, e eu definitivamente fui para longe disso.*

IN: Você mencionou que, bem, na década de 60 você estava no Secundário em San Diego e que na década de 70 você estava na Faculdade. Então como esses dois períodos afetaram sua vida? Porque você disse algo sobre isso, mas eu gostaria de saber mais, por que parece haver uma conexão...

Bem, me parece que todo mundo que cresceu naquele momento, foi formado em parte pela Guerra do Vietnã, em oposição à guerra, lendo especialmente literatura de esquerda e essa certamente era minha inclinação naquele momento, o que não era incomum. Então, eu fui a manifestações, participei de ativismos, não como um grande líder, mas

*eu fui para a Marcha sobre Washington contra a Guerra no Vietnã algumas vezes. Então me parece que éramos formados com um tipo de senso crítico posto em nossas cabeças por virmos de uma época muito *sui generis*.*

FF: Algumas pessoas dizem que a juventude é o momento no qual nos orientamos politicamente e, eu estou errado se eu disser que você é um homem de esquerda? Que nasceu em um momento e viveu na década de 60 e 70?

Foi isso. Mas eu também posso dizer que cresci em um lugar bastante conservador, meus pais eram liberais, então não estou longe... eu estava à esquerda dos meus pais mas eu não tive que brigar com eles para me opor à Guerra do Vietnã, por exemplo.

IN: Você mencionou, professor, que a sua mãe também foi para Yale?

*Ela foi para Wellesley, que é um tipo de... costumava ser parte das *Seven Sisters*⁷. Havia a *Ivy League*, que é masculina, e a *Seven Sisters*, da qual fazem parte *Smith*, *Radcliffe* e *Wellesley*. Minha mãe tinha muito orgulho de ter ido para esta Liga de escolas femininas. E meu pai foi para *Stanford*, ele cursou uma faculdade muito respeitável, mas ambos queriam para mim uma Universidade que fizesse parte da *Ivy League*.*

FF: Então você concluiu seus estudos em *American Studies* e estava pronto para cursar Direito ou não? Como surgiu a ideia de cursar Direito?

Bem, me recordo que eu não conhecia nenhum jurista, eu nunca havia encontrado um jurista e, para ser honesto, eu queria cursar história mas eu... por que estava quase 5 mil quilômetros longe, eu havia me casado com minha namorada dos tempos de escola, já nos primeiros anos da Faculdade, o que era muito incomum e tínhamos um bebê. E uma formação em história, naquele momento, em

⁷ NT: *Seven Sisters* ou Sete Irmãs, era o grupo de sete universidades de artes, conhecidas por serem liberais, localizadas no nordeste americano e destinadas exclusivamente às mulheres, em paralelo à *Ivy League*, que era a liga masculina de esportes composta por 8 Universidades do Nordeste Americano, da qual Yale faz parte.

que não havia empregos... decidi que eu faria algo mais prático, e a Faculdade de Direito é prática. Então concorri à uma vaga no curso de Direito, não por que eu quisesse ser um jurista, eu ainda almejava encontrar uma forma de me tornar professor, professor universitário, mas pensei que era necessário encontrar um caminho para arranjar um emprego. Como meu orientador de Yale, que era historiador, só conseguiu inicialmente emprego como bibliotecário, ele me disse: “não vá cursar História, você não vai encontrar trabalho”. Então, como não queria assumir aquele risco, fui cursar Direito.

FF: Estou muito interessado em saber, não de forma geral, mas a partir da sua experiência, como foi o processo seletivo? Você se candidatou apenas para Yale? O processo em si, você lembra?

Para o Curso de Direito? Não, eu fiz o processo seletivo para cinco ou seis Universidades.

FF: Você lembra quais?

Sim. Eu fiz o processo para Berkeley, Harvard, Stanford, UCLA, e Northwestern.

FF: E Yale?

Não, eu não fiz o processo seletivo para Yale. Fui para Yale na graduação. Eu fui para Stanford e queria muito voltar para a Califórnia. Me considerava um Californiano. Na verdade eu fui aceito por Stanford mais no final do processo seletivo, eu já havia assinado uma carta de financiamento em Boston, para ir para Harvard. E Stanford ainda não era sequer... hoje em dia Stanford é considerada uma das três melhores Faculdades de Direito. Naquele momento tinha uma ótima reputação mas não era o que é hoje. Por isso meus pais sequer me disseram que eu havia sido aceito em Stanford, minha irmã o fez. Coloquei minha esposa e o bebê no carro e dirigi de volta para a Califórnia e comecei a Escola de Direito em Stanford.

FF: Para estar próximo da Califórnia?

Sim. Eu pensava que iria morar para sempre na Califórnia. Obviamente que não morei, mas era isso

que eu pensava que aconteceria.

FF: Seu primeiro ano... seu primeiro contato com o mundo jurídico, a Escola de Direito, os professores...

*Foi a Escola de Direito... Me saí bem como um aluno de Direito. Certamente investi nisso, me tornei o editor-chefe, no segundo ano, do *Jornal de Estudos Internacionais*. E fiz algumas atividades pro bono, trabalhava meio período, então era bem envolvido na Escola de Direito. Entretanto, as disciplinas não eram tão estimulantes quando aquelas que cursei como aluno de graduação, eram práticas demais, eu acho.*

FF: Digamos, os aspectos mais técnicos do Direito?

Aspectos mais técnicos e, além disso, parecia que estávamos aprendendo Direito ao invés de aprendermos sobre o Direito. E na verdade, eu tinha... eu trabalhava meio período em Palo Alto para um escritório pequeno, o que era pouco comum mas eu estava tentando sustentar minha esposa e meu filho, então eu trabalhava muito. E havia esse escritório pequeno que gostava de mim e eu gostava deles, eu iria me tornar um advogado de Palo Alto, embora eu ainda desejasse em algum momento começar a dar aula, de alguma maneira eu sabia como isso se daria, mas eu aceitei o emprego nesse escritório em Palo Alto e eu iria ficar lá e trabalhar. Um dia eu vi em um quadro de avisos uma bolsa de pesquisa em Florença, Itália, e era Capelletti. Ele estava contratando pesquisadores para o projeto Acesso à Justiça e eu não sabia para o que ele estava contratando mas eu quis ir, por que senti vontade, por qualquer razão que seja, eu nem me preocupei sobre o que era esse projeto. Eu queria ao menos aprender mais uma língua estrangeira. E ao menos eu aprenderia italiano, se eu fosse para a Itália. E eu acabei lá, com mais três americanos, trabalhando no projeto, dois deles já haviam terminado os estudos, e eu. Então eu comecei e, depois de terminar o curso de Direito, me afastei do escritório de advocacia de Palo Alto por um ano, e iria ficar apenas um ano [em Florença], trabalhar na pesquisa por um ano, seja lá com o que ele estivesse trabalhando, e então tudo aconteceu. Era um projeto da Fundação Ford sobre Acesso à Justi-

ça e eu me interessei por ele, estávamos na Itália e então fiquei, obviamente, eu me identifiquei muito mais com o projeto. Capelletti e eu nos entendemos e, de certa maneira, me tornei aquele tipo de pessoa que se envolve no processo de escrita, edição e outras partes diferentes do projeto. Então, isso era 1976 e, enquanto estávamos em Florença, a Universidade Europeia, que é um projeto longo, estava começando a abrir em Florença e eles disseram que haviam contratado o Mauro [Cappelletti], o que foi uma coincidência, por que ele não estava no primeiro grupo, mas a Itália mudou e ele tornou-se o substituto. Cada país da Comunidade podia nomear um professor para o projeto original, então ele foi um dos professores fundadores do Departamento de Direito e eles disseram que gostariam de ter um ou dois americanos, por que estavam interessados em pesquisadores que tivessem conhecimento sobre Direito Constitucional, pois o constitucionalismo europeu estava emergindo. Assim, eu consegui uma bolsa de estudos para estar na primeira turma da Universidade Europeia e então dei adeus ao meu emprego no escritório de advocacia de Palo Alto. Mas o que era interessante, na minha perspectiva, é que quando comecei a trabalhar com Mauro Capelletti – é que comecei a trabalhar três meses antes dos demais pesquisadores – e permaneci em Palo Alto até ir para a Itália. Nesse momento Mauro tinha na mesa dele dois artigos, que haviam acabado de ser escritos e que foram enviados para ele. Um, de autoria de David Tru-

bek⁸ e Marc Galanter⁹, chamado “Schollars in self-estrangement”¹⁰, sobre direito e desenvolvimento e outro, de Marc Galanter, “Why the ‘haves’ come out ahead”¹¹. E eu os levei para casa e os li, e eu decidi que a Faculdade de Direito era muito mais interessante do que eu pensei que fosse, e essas ideias conectavam, digamos, minha orientação de

8 David M. Trubek (1935) é professor de Direito na Universidade de Wisconsin, em Madison, e um dos membros da Law and Society Association desde a sua constituição. O Professor Trubek tem uma relação especial com o Brasil desde o final da década de 1960, quando foi Consultor Jurídico da Missão “USAID” no Brasil e desenvolveu a primeira onda de projetos na linha de “Direito e Desenvolvimento”, retomada recentemente em Programas de Pós Graduação no Brasil. Trubek sempre foi um ativo pesquisador e empreendedor de projetos de pesquisa no âmbito da *Law and Society* nos EUA e em todo o mundo. Além dos projetos em “Direito e Desenvolvimento”, Trubek dirigiu o conhecido e referencial “CLPR - Civil Litigation Research Project”, que produziu trabalhos marcantes nos estudos sobre “litigation”, “dispute resolution” e “legal mobilization”, na década de 1980. Trubek já lecionou em diversas universidades brasileiras, publicou trabalhos em co-autoria com professores brasileiros e atualmente coordena dois projetos internacionais com participação de professores e pesquisadores brasileiros, alguns deles membros da REED: o LANDS, *Law and the New Developmental State*, e o GLEE, Project on Globalization, Lawyers, and Emerging Economies. É também atualmente coordenador do projeto Law and the New Developmentalism, do Harvard Institute on Global Law and Policy.

9 O Professor Marc M. Galanter (1931) é Professor Emérito da Universidade de Wisconsin, Madison e professor visitante da *London School of Economics and Political Sciences*, na Inglaterra. É também fundador da *Law and Society Association*, que presidiu de entre 1983 e 1985. Sua produção é vasta e suas ideias originais e muito influentes. Entre outros referenciais trabalhos, ele é o autor do artigo considerado o mais citado no campo do “*Law and Society*” - o “*Why the haves come out ahead*”, de 1974, mencionado acima por Bryant Garth como referência de Mauro Capelletti. Neste artigo, Galanter cria a famosa tipologia dos “*litigantes habituais*” e “*litigantes eventuais*”, “*repeat-players*” e “*one-shooters*” e explica como o primeiro tem mais vantagens que o segundo. Galanter ainda escreve e leciona sobre Direito Sul Asiático (particularmente, da Índia), Direito e Ciências Sociais, Profissões Jurídicas, Contratos, Solução de Disputas. O Professor Galanter é também um colecionador de livros de piadas sobre advogados e, em 2006, escreveu “*Lowering the Bar*,” um livro com análises sociopolíticas baseadas em piadas sobre o mundo jurídico. O Professor Galanter é parceiro antigo da Reed e participou como conferencista internacional do 3o EPED, em 2014, na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão. A Revista da Reed no. 1, volume 2, de 2014, publicou uma interessante entrevista feita com o Professor Galanter na ocasião.

10 Trubek, D; Galanter, M. *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*. Wisconsin Law Review 1062 (1974).

11 Galanter, M. *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. *Law & Society Review*, Vol. 9, No. 1, (Autumn, 1974), pp. 95-160.

esquerda com o que era o direito, direito e mudança social através do direito. E colocaram o tema na agenda, o que me deixou muito mais entusiasmado para trabalhar com o projeto e, claro, através do projeto eu conheci essas pessoas.

IN: Você estava contando, professor, sobre a sua experiência na Europa, mas você também terminou o JD [Juris Doctor¹²] aqui nos Estados Unidos. Como foi? Por que você tem ambas as formações...

Um JD em Stanford. Depois eu acabei fazendo o Doutorado na Universidade Europeia, em Florença, e isso foi em parte para, de certa maneira, justificar estar na Itália. Por que eu sabia, naquele momento, que eu queria ser professor e então eu já conhecia pessoas que eram professores e eu estava publicando, então eu sabia que tinha algumas chances de ingressar no mundo acadêmico, mas pensei que seria bom ir além e fazer o doutorado na Universidade Europeia como uma boa evidência simbólica de ter estado lá, fazendo algo. E também em função do Mauro, com quem naquele momento eu já estava muito conectado... eu fiz esse livro sobre Escritórios Locais de Advocacia para os Pobres¹³, cuja pesquisa me demandou viajar, às expensas da Universidade Europeia, entrevistando pessoas e foi interessante por que...

FF: Essa foi a sua tese de doutorado?

Sim.

FF: Você recorda o título, o título exato?

Sim, foi publicado como livro, intitulado "Neighborhood Law Firms for the Poor"¹⁴. É um estudo comparado sobre Europa, Canadá, Austrália e os Estados Unidos. De certa forma, o que eu acabei fazendo, por que era a difusão da ideia de advogados ativistas para os pobres, que começaram a surgir nos Estados Unidos e foram copiados na In-

12 NT: Nos Estados Unidos a formação jurídica contempla o *Juris Doctor* (JD) e não o *Doctor of Philosophy* (PhD).

13 NT: no original "Neighborhood Law Firm's for the poor".

14 *Neighborhood Law Firms for the Poor: A Comparative Study of Recent Developments in Legal Aid and in the Legal Profession* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1980).

glatterra, França, Holanda e outros países, embora tenham sido modificados nesses países. Então era divertido trabalhar nessa pesquisa e escrevi como tese. Foi publicado na Europa. É muito difícil de conseguir uma cópia atualmente, mas existe.

IN: Foi publicado na Europa?

Sim, eu acho.

FF: Você lembra o editor?

A editora era Sijthoff.

FF: Holandesa?

Sim, Holandesa, mas eles foram comprados por outra editora. Você pode encontrar um exemplar nas livrarias. Eu comprei um nos últimos cinco anos, por que eu não tinha uma cópia. Dei para o Museu da Justiça e da Igualdade¹⁵ ou algo como isso.

FF: Um pouco antes, eu estou muito interessado... você estava seguindo uma carreira que levaria a ser um advogado de Palo Alto, mas como você descreveria esse desejo, naquele momento, não depois de conhecer o Mauro Capelletti, mas antes, o que, subjetivamente o levou a almejar o mundo acadêmico?

Era em parte por que, como eu disse, eu era interessado em História antes e, seja lá por que razão, penso que eu era apenas uma dessas pessoas que investe muito nos estudos. Eu amava ler, escrever, pesquisar e eu me sentia muito confortável naquele ambiente e nunca tinha... eu não era talhado para o mundo dos negócios e, bem, eu estava pronto para ser um advogado, mas essa não era a minha primeira opção, era uma espécie de "eu tenho que", claro, a ironia é que eu teria estado em Palo Alto, no surgimento do Vale do Silício, e seria um bom lugar para estar, caso eu quisesse ser advogado, mas eu sou muito mais feliz depois de ter desviado para a academia. Acabou acontecendo que eu nunca pratiquei a advocacia.

FF: Sua esposa, filhos, a preocupação com dinheiro e

15 NT: do original "Museum of Equal Justice".

etc., eles o apoiavam? Especialmente a sua esposa? Estou falando da decisão de ir para a Itália.

Ah, sim. Eles... eu tinha dois filhos no momento em que fomos para Itália e a terceira, Daniela Maria, nasceu em Florença. Então a minha esposa estava pronta para a aventura. Nós pensamos que seria possível viver na Itália gastando menos do que de fato gastávamos mas, naquele momento, e isso é contar a história como ela realmente é, parte do motivo de ter podido ficar mais dois anos é que minha tia havia se casado com um advogado formado em Harvard, um advogado muito bem sucedido, como seu segundo marido, e ele afeiçãoou-se por nós e nos enviava algum dinheiro para nos ajudar a ficar, e isso tornou as coisas muito mais simples e era uma questão de fé, de certo modo, então nós ficamos. Penso que possivelmente teríamos ficado, mas teria sido mais difícil, especialmente mais difícil para a minha família, mas nós amávamos estar lá e minha esposa encomendou um livro de receitas italianas, enquanto estava lá, colecionava antiguidades, coisas antigas e baratas que ela polia e vendia. Ela teve muita determinação enquanto estava lá.

IN: Você mencionou, professor, que não trabalhou como advogado mas encontramos em nossa pesquisa a informação de que o senhor trabalhou como assessor de um juiz¹⁶. O senhor, em algum momento, antes de trabalhar em Palo Alto, desempenhou essa função?

Sim. O que aconteceu foi que eu estava na Universidade Europeia e sabia que, para me tornar professor, provavelmente eu necessitaria alguma experiência jurídica prática. E como parte do foco do projeto Acesso à Justiça eram tribunais ativistas e a Justiça Federal americana era muito ativa nesse momento, no tema das reformas prisionais, direitos civis, então eu estava interessado... E pensei que poderia lecionar processo civil e aprender como a Justiça Federal funcionava, e como eu tinha um amigo que havia assessorado um juiz federal, ele me disse que era uma ótima experiência, ele disse: “o juiz com quem trabalhei está interes-

sado em todas as coisas que você está interessado”. Por que eu estava fazendo serviços jurídicos alternativos, esses diferentes dos tribunais e relacionados ao acesso à justiça. Então eu voei de volta para os Estados Unidos, durante um feriado, e falei com o juiz. Ele me disse: “se você aplicar por dois anos, a partir de agora, eu te dou a vaga por dois anos”. Então, durante todo o tempo, eu sabia exatamente em que momento iria embora da Itália e eu teria que terminar minha tese. Então eu trabalharia como assessor por um ano. Assim eu voltei e passei a trabalhar lá, naquele momento, para um juiz. Mas eu devo dizer que, nesse meio tempo, por meio do projeto Acesso à Justiça, eu conheci David Trubek, Marc Galanter¹⁷ e Lawrence Friedman¹⁸. Este último eu conhecia um pouco como professor, e muitos outros. E David me convidou para produzir alguns dos primeiros estudos críticos sobre o direito, conferências em Boston. Então eu estava começando a construir um pouco da minha rede e a Law & Society estava recém se formando. Assim que, enquanto eu estive em San Francisco, organizei o painel que o Lawrence Friedman me impulsionou a fazer, sobre Acesso à Justiça. Assim, possivelmente nesse segundo ou terceiro encontro da Law & Society, eu estava participando enquanto era assessor. E aquilo me lançou e basicamente é onde eu tenho estado desde então.

17 V. biografias de Trubek e Galanter em notas de rodapé acima.

18 O Professor Lawrence M. Friedman (1930) é outro membro fundador da *Law and Society Association* e foi seu presidente entre 1979 e 1981. É professor de Direito e também de História e Ciência Política na Universidade de Stanford, autor de dois dos livros mais importantes e premiados sobre a História do Direito Norte-americano (“*History of American Law*,” 1973 e “*American Law in the 20th Century*”, 2003), além de outros tantos prêmios por sua vasta e diversa obra. Antes de ir para Stanford em 1968, lecionou na Universidade de Wisconsin, em Madison e na Universidade de Saint Louis. Possui também publicações referenciais nas áreas de “crime and punishment”, direitos humanos e “*Law and Society*”. Segundo um levantamento do Professor Brian Leiter, da Universidade de Chicago, o Professor Friedman foi o professor de História do Direito com o maior número de trabalhos citados (1890 citações entre 2000 e 2007). O Professor Friedman também escreve ficções e é autor de oito romances jurídico-policiais, protagonizados por Frank May, um advogado da cidade californiana de San Mateo. Atualmente, o Professor Friedman preside a Comissão Organizadora do Encontro Internacional da *Law and Society Association*, que acontecerá na Cidade do México em 2017e que conta com a REED como parceira institucional.

16 NT: Do original “clerk” que pode ser traduzido por assistente. No caso das profissões judiciárias a função é a que conhecemos no Brasil como assessor.

FF: De um ponto de vista acadêmico, é bem visto, digamos, obrigatório, passar um tempo como assessor?

Quanto mais alto for o juiz, mais prestigioso é ser seu assessor. Por isso o meu cargo não era dos mais prestigiosos, mas eu tinha algum prestígio e aceitei o cargo em razão do que eu podia aprender, mas isso te dá, todo mundo diz, conhecimento sobre a justiça federal, você de familiariza com muitos procedimentos e, provavelmente, talvez isso fosse, de certa forma, essencial. Por que se eu soubesse apenas sobre direito estrangeiro, sociologia jurídica, eles não saberiam onde me alocar no primeiro ano, por que é preciso lecionar uma turma de primeiro ano e dessa forma eu teria alguma credibilidade como professor de processo civil.

FF: Estamos falando do juiz Robert F. Peckham¹⁹, correto?

Sim.

FF: De que modo você o descreveria? Como um juiz ativista?

Bem, ele era parte da diversão, ele era um juiz ativista muito liberal, envolvido naqueles que, bem, poderíamos chamar de casos atraentes. Então eu trabalhei em um caso conhecido como “Larry P.” que foi, ao longo do tempo, muito desafiador para todo o estado da Califórnia, pois seria discrimi-

19 O Juiz Robert F. Peckham (1920-1993) foi um dos juizes mais importantes da Califórnia e, eventualmente, de todos os Estados Unidos e sua atuação foi marcante principalmente na era dos “Civil Rights”, na década de 1960 e 1970. Nascido em San Francisco e Graduado em Direito pela Stanford University em 1945, alternou atuação como advogado e assistente judicial até 1959, quando se tornou juiz estadual e, em 1966, foi nomeado juiz federal do Distrito do Norte da Califórnia. Peckham julgou casos emblemáticos sobre direitos das minorias raciais e de gênero, como casos de discriminação de mulheres em contratações de emprego (principalmente, no Departamento de Polícia de San Francisco), segregação racial em escolas (como os casos de uso de testes de QI enviesados em desfavor de negros), entre tantos outros. Sua atuação também foi referencial para a criação dos programas de mediação comunitária e judicial em San Francisco, bem como para o uso de câmeras de vídeo para auxiliar coleta de depoimentos e testemunhos em tribunais federais, ambos considerados dentre os pioneiros nos EUA. Até hoje o Juiz Peckham é lembrado como um dos juizes mais ativos e influentes das últimas décadas nos EUA.

*natório*²⁰. *Me envolvi em alguns casos realmente interessantes e sabia a fama dele, e essa era uma parte do encanto de trabalhar para ele. Vendo se o processo é uma ferramenta de mudança social, e ver como isso funciona.*

FF: Há outro aspecto importante. Talvez o seu trabalho mais lido, traduzido para o Português, seja Acesso à Justiça. O relatório geral que existe que foi publicado no Brasil. Você já viu o livro?

Sim, o vi muitas vezes. Foi traduzido por Northfleet²¹.

FF: Sim, foi traduzido pela Ministra Ellen Gracie Northfleet, talvez seja o mais conhecido sobre Acesso à Justiça para o público em geral no Brasil, o que o coloca em uma posição muito interessante de descrever-nos, talvez de modo mais detalhado, o professor Mauro Capelletti? Como ele era?

Ela era um homem muito focado, muito, muito astuto, muito empreendedor, muito comprometido com o ensino em... na direção de um ensino internacionalmente orientado, em um momento que isso não era valorizado na Itália e, você sabe... nem todo mundo gostava do fato dele ter um projeto da Fundação Ford e então, entre, digamos, entre a comunidade dos processualistas italianos, que faziam as suas carreiras escrevendo estudos técnicos, ele ultrapassou isso e disse “não, não quero fazer mais isso, quero lidar com grandes temas, controle constitucional do processo civil, acesso à justiça, assistência judiciária” e então eu fui puxado para aquilo, por ele. E ele deu, muito definitivamente, toda a orientação do projeto. O que aprendi com ele – e ele não escrevia em inglês nativo – então eu tinha que escrever muito, o que não significa que não fosse a sua escrita, por que era eu escrevendo as palavras dele, de qualquer forma. Então trabalhamos muito juntos, especialmente no relatório geral. Eu trabalhei nele por um longo período de tempo, mas ele de fato queria, ele era muito arguto sobre as três ondas, ele pensava que essa era uma exce-

20 NT: No sentido de que era um caso inédito e a decisão poderia ser uma nova orientação para esse tipo de caso nos EUA.

21 M. Cappelletti and B. Garth, *Acesso à Justiça* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988) (Ellen Gracie Northfleet translator).

lente forma de amarrar esse projeto: as três ondas de acesso à justiça. E, quando tudo estava pronto, neste momento, a terceira onda estava sendo enfraquecida, o mundo estava mudando, diversas espécies de acesso à direitos estavam enfraquecendo, Ronald Regan era o presidente dos Estados Unidos, o liberalismo estava começando a se espalhar e nós ficamos... assim, se você ler a introdução do volume III de "Acesso à Justiça"²² é mais pessimista que o volume um, que é onde o relatório geral estava²³. Parte do que eu trouxe foi... eu era uma nova geração e Mauro não vinha da sociologia jurídica, pode-se dizer, não vinha realmente.

FF: Ele trabalhou com processo civil?

Sim, ele era um processualista, mas ele se relacionou com Marc Galanter, Lawrence Friedman, David Trubek e Joel Handler²⁴ e muitos desses grandes gigantes do Law & Society Movement.

FF: Na Europa? Alguns sociólogos na Europa, talvez?

Sobretudo, na verdade, com sociólogos nos Estados Unidos por que sociólogos na Europa, como você mencionou ontem, eram muito mais como os sociólogos no Brasil, muito teóricos e não estavam voltados para a empiria. Então ele insistiu no Acesso à Justiça, para que todos fizéssemos algum trabalho empírico. Ele de fato instigou isso, mas a sociologia do direito como tal, ele nunca quis ir tão longe. Provavelmente eu tenha colocado mais disso no projeto, no sentido que ele teria feito e eu continuei lá, enquanto depois disso ele se voltou

22 M. Cappelletti and B. Garth, eds., *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives* (Leyden and Boston/Milan, Sijthoff/Giuffre, 1979) (Vol. III of the Florence Access-to-Justice Project).

23 M. Cappelletti and B. Garth, eds., *Access to Justice: A World Survey* (Leyden and Boston/Milan, Sijthoff/Giuffre, 1978) (Vol. I of the Florence Access to-Justice Project series).

24 Joel Handler também é fundador da *Law and Society Association*, que presidiu de 1991 a 1993, e também iniciou carreira na Universidade de Wisconsin, Madison. Atualmente, ele leciona na Faculdade de Direito da Universidade de Stanford, na Califórnia. Suas pesquisas abordam a relação do Direito com a pobreza (tema do curso que oferece em Stanford), com o Welfare State e com o conceito de cidadania. Seu livro "Down from Bureaucracy: the Ambiguity of Privatization and Empowerment", de 1996, foi considerada a melhor publicação em ciência política nos EUA e ele foi eleito "fellow" da *American Academy of Arts and Sciences*, em 2004).

para as questões de integração europeia, questões mais legais, na sua carreira. Mas fizemos muitos trabalhos e projetos juntos sobre acesso à justiça e resoluções alternativas de conflitos, mesmo depois que comecei a dar aula. E voltei e dei aulas na Universidade Europeia algumas vezes, no início dos anos oitenta. Ele, tristemente, sua mente, ele teve demência e morreu muito cedo, não esteve bem por um longo período. Mas era uma pessoa cheia de vida, definitivamente, ele enchia uma sala quando estava nela e, no estilo clássico de fazer direito comparado, abria todas as palestras que dava sobre direito comparado, falando em inglês, português, italiano, francês, alemão, para cumprir todo mundo na sala, então ele...

FF: Era um personagem?

Sim, um personagem... tivemos recentemente, em dezembro, um evento em Florença todo dedicado a ele, foi muito legal. Eu falei sobre acesso à justiça, foi muito bom escrever aquela palestra.

FF: Você tem alguma pista sobre como Mauro conseguiu o financiamento da Fundação Ford? Eu pensava que era UNESCO...

*Não houve, eu acho que não houve financiamento da UNESCO, pode ter existido para *Theoretical Justice*, mas ele decidiu estudar assistência judiciária e houve uma pessoa, eu penso, um americano, chamado Earl Johnson Junior²⁵, que depois tornou-se juiz, mas tinha escrito um livro²⁶ sobre a história dos serviços de atendimento jurídico nos Estados Unidos, e ele estava interessado no que estava acontecendo fora. Por isso ele e Mauro se uniram e, originalmente, o projeto Acesso à Justiça*

25 Earl Johnson Jr. é um professor e juiz aposentado de *Court of Appeal* do Estado da Califórnia que trabalhou originalmente no Projeto Acesso à Justiça, com Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Lecionou em diversas instituições, dentre as quais a University of Southern California, foi *Visiting Scholar* na Universidade da Califórnia em Berkeley e e publicou muitos artigos sobre acesso à justiça e outros temas. Em 1982, foi nomeado juiz estadual na Califórnia, atividade que exerceu até 2007. Seu livro, mencionado na entrevista, foi reeditado e republicado em três volumes recentemente, em 2014.

26 "To Establish Justice for All: The Past and Future of Civil Legal Aid in the United States".

era de ambos, mas Earl Johnson saiu da liderança do projeto e acabou contribuindo apenas com alguns capítulos, mas meu palpite é que ele, Earl Johnson, tinha algum laço com a Fundação Ford e Mauro tinha laços com a Fundação Agnelli, que é uma grande fundação italiana e por isso a maior parte do dinheiro do projeto veio da Agnelli, mas o dinheiro simbólico veio da Fundação Ford.

FF: Qual o nome da instituição italiana?

Agnelli, A-G-N-E-L-L-I.

FF: Ok, apenas para registrar por que eu não tenho certeza que acharemos isso depois da entrevista, eu nunca ouvi falar nesta fundação. Também gostaria de lhe perguntar como você compararia um “doutorado” americano em direito (o JD) e um doutorado europeu (PhD)?

Bem, o JD americano não tem nenhuma, quase nenhuma, pesquisa no seu programa, talvez seja exigido um paper, para uma aula, mas em um doutorado europeu você de fato precisa escrever uma tese substancial, então foi muito diferente. Claro que eu não fiz algo assim, por que os critérios ainda eram um pouco indeterminados, uma vez que eu fui a primeira pessoa a completar a tese para a Universidade Europeia, mesmo que tenha sido o segundo a pegar o diploma. E, por isso, não havia modelo naquele momento. Então eu apenas escrevi um livro, pois naquele momento eu já havia aprendido com Mauro a não ter medo de apenas escrever um livro. A estar disposto a pensar grande.

FF: Ele era seu orientador?

Sim, era ele. E era multinacional, eu tinha alguém mais da Irlanda, alguém da Inglaterra, alguém de... e dois italianos, eu acho, na minha defesa de tese.

IN: Professor, você disse algo sobre não ter medo de escrever um livro, escrever um livro e também terminar a sua tese, como é, e como era, a sua relação com a escrita, essa parte da vida acadêmica? Por que para nós, estudantes, para todos, é algo muito importante de ouvir.

Eu acho, que no tempo que eu estava escrevendo

minha tese, eu já havia escrito muito em coautoria com Mauro e, então, eu não escrevia na mesma voz quando escrevia sozinho, mas eu estava muito confortável ao produzir as palavras, e eu também havia sido editor de um jornal e tinha escrito textos para o jornal. Então acho que, por alguma razão, e eu acho que porque tinha muito pouco tempo, quero dizer, eu estava literalmente escrevendo “Acesso à Justiça”, editando, traduzindo, escrevendo cartas, pagando pessoas, eu fazia tudo isso durante o dia e então escrevia minha tese de doutorado entre nove da noite e quatro da manhã, então eu estava realmente... eu tinha que continuar escrevendo, escrevendo, escrevendo... e o trabalho era organizado por país, por isso eu podia escrever sobre a Inglaterra e escrever sobre os Estados Unidos, eu podia escrever... então foi... não foi assustador como poderia ser. E Mauro, a essa altura já confiava em mim, então nunca leu o trabalho, até que estivesse pronto. E ele apenas disse “bom” [risos]. Ele não era aquele tipo de orientador enérgico. Em parte, por que ele trabalhava de maneira tão dedicada em tudo que fazia, tinha essa rede internacional incrível, que escrevia com ele e o ajudava. Ele escrevia em torno de dez cartas por dia, difundindo... ele estava constantemente enviando nossas reedições e reimpressões, a biblioteca pessoal dele tinha quarenta mil volumes.

FF: Na casa dele ou no escritório?

Na casa dele. Fundamentalmente na casa dele. Começava no escritório compartilhado, e outra parte em casa, mas depois ele comprou uma casa enorme em Florença e construiu uma grande ala onde guardava os livros, tinha apenas livros.

FF: E ele trabalhava em casa e na universidade?

Sim, ele trabalhava na Universidade, até a hora do almoço, e depois ia para casa à tarde. Depois de almoçar em casa ele trabalhava, trabalhava, trabalhava.

FF: Você disse, relação de confiança, por que, vendo a sua trajetória, você começou como assistente de pesquisa, um jovem assistente de pesquisa em um projeto grande, mas acabou sendo seu coautor. Você

atribuiria isso à essa relação de confiança que você construiu com Mauro?

Sim, penso que sim, uma relação de muita confiança e eu penso, eu era bom no que fazia. Então ele definitivamente desejava delegar mais e mais. Por que eu prosperava, eu estava gostando e ele percebeu coisas que eu gostava de fazer e era, seja lá por que razão, eu queria ser um acadêmico, então eu me sentia confortável, talvez não confortável, eu tinha que aprender, mas eu de fato sentia como um desafio e eu queria corresponder. Eu não estava em Florença apenas para curtir e comer massa. Eu estava lá para me aprofundar e aprender tudo que eu pudesse. E era um tempo animado na Universidade Europeia também, eu trabalhava com pessoas de diferentes países, tínhamos listas de leituras, lemos Roberto Unger que estava surgindo, líamos trabalhos críticos, líamos os trabalhos críticos que surgiam sobre o estudo do direito assim que surgiam, então era uma forma de... era um momento muito bom para mim, com um grupo de pesquisadores em volta, e nós nos incentivávamos constantemente.

FF: Era viver em uma comunidade acadêmica?

Sim, de pioneiros, por que era o primeiro grupo da Universidade Europeia.

FF: Havia aulas? Havia debates? Como era o programa de doutorado?

O doutorado consistia em seminários sobre diferentes temas, integração europeia, acesso à justiça e não muitos outros e era apenas... era apenas uma questão de fazer... não havia formalidades de um número específico de horas e créditos, era tudo novo, era realmente fazer a dissertação.

IN: E como foi a pesquisa propriamente dita? Tempo para preparar a sua pesquisa, como era?

Bem, eu viajava, fazia viagens de campo. Eu ia e alguns, em parte por que era uma grande comunidade, e por isso conheci alguns juristas²⁷ militan-

27 NT: do original "lawyers". Vide nota acima para mais informações.

tes na Bélgica e na Holanda e eles vieram estudar na Universidade Europeia no ano seguinte. Então formamos uma espécie de grupo de pessoas interessadas nos mesmos assuntos. E a Universidade Europeia tinha dinheiro para me mandar a esses lugares para fazer pesquisa, então era um sonho. E eu também não tinha uma biblioteca pessoal. Hoje em dia é possível fazer isso, mas naquele tempo você não podia. Então eu apenas escrevia cada artigo que eu queria ler e eles pegavam para mim. Eles vinham até mim e eu tinha acesso ilimitado à biblioteca, em relação a tudo que havia sido escrito sobre assistência judiciária nos Estados Unidos, bastava pedir, que viria na semana seguinte. Era o sonho de todo pesquisador. Além disso, Mauro estava tão conectado que as coisas vinham até ele, simplesmente chegavam em sua caixa de correio, por meio de pessoas, dizendo "aqui uma pesquisa sobre juristas ativistas na Inglaterra" e então você diria "me deixe ver isso" e deixe-me ir conversar com as pessoas que estão fazendo, que estão de fato envolvidas nisso. Por que ele de fato era tão conectado com o que estava acontecendo sobre qualquer tema, processo civil, reforma dos tribunais, assistência judiciária, que essa era em parte a forma como eu via as coisas acontecendo, a partir da mesa dele. Então eu disse, vou escrever sobre essas mudanças na assistência judiciária.

IN: Então o trabalho de campo consistiu em viagens e...

Viagens e entrevistas e pesquisa acadêmica tradicional e eu era completamente despreparado como entrevistador. Você pode imaginar, eu apenas saía, conversava com as pessoas e essa era a minha única experiência. Não era treinado como um sociólogo naquele tempo, certamente não.

FF: Mas você adquiriu as ferramentas, a informação metodológica...

Certo. Eu apenas comecei a fazer mais e mais e então você aprende mais e mais enquanto fala com mais e mais pessoas. Você tem uma noção, mas essa é uma longa história por que eu realmente comecei a fazer entrevistas, muitas, quando comecei a trabalhar com Yves e eu...

FF: Yves?

Com Yves Dezalay.

FF: Yves Dezalay, desculpe.

*É uma espécie de desvio, e eu devo dizer que havia brasileiros envolvidos na pesquisa *Acesso à Justiça*, e foi por isso, talvez, que acabou sendo traduzida em português. Havia... Ada Pellegrini, ela era uma das pessoas, talvez não especificamente envolvida na pesquisa, mas muito próxima de Mauro Capelletti. Havia um juiz, professor em São Paulo, que também era famoso em processo civil, qual era seu nome...*

FF: Candido Rangel Dinamarco? Pode ser?

Não, eu acho que não.

FF: Talvez o professor que recebeu Enrico Tulio Libman?

Não, mas esse eu sei quem é... era... eu vou encontrar pra você.

FF: Paulo vai saber. Quando ele voltar, vou perguntar a ele.

Um cara muito legal, por isso eu lembro...

FF: Também da Universidade de São Paulo como a Ada Pellegrini?

Provavelmente, mas a sua identidade principal, mesmo que os brasileiros tenham muitas identidades, eu penso que era juiz. Mas também um processualista, certamente um processualista comparativo...

FF: Então esses três nomes estavam envolvidos?

Sim.

FF: E você naquele momento tinha conhecimento de um envolvimento da Ministra Ellen Gracie Northfleet?

Não, eu não sabia quem ela era. E foi também traduzido para o espanhol e publicado em Buenos Aires. Então eu não sabia quem ela era, mas aconteceu algo interessante: depois eu voltei para fazer

pesquisa no Brasil com o Yves e nós estávamos interessados em certos juízes ativistas, então eu liguei para ela e ela me disse: “Ah, professor Garth, eu que traduzi o seu livro!” [risos]. Isso foi, em certa medida, como me encontrar na história.

FF: Então, você estuda elites. E eu gostaria muito de lhe perguntar se, naquele tempo, isso era considerado uma certa vantagem, ou um impulsionador de carreiras, se é que se pode dizer isso, ser alguém capaz de construir ligações entre a Europa e os Estados Unidos. Hoje é normal, mas naquele tempo eu imagino que fosse um momento muito diferente então, a oportunidade de haver alguém que pudesse construir ligações efetivas no mundo acadêmico entre a América e a Europa...

Acho que isso me ajudou um pouco. Mas não muito. Por que as pessoas gostavam do Mauro, ele veio para Stanford para construir essas ligações, então eu penso que muitas faculdades queriam uma pessoa para construir essa ligação, não duas. Eu estava um pouco atrasado, se é possível dizer, nesse sentido. E para mim o que importava era que eu havia publicado muito e também, possivelmente, importava para alguns que eu estava ligado de certa forma a esse movimento “direito e sociedade”, à literatura sobre direito e mudança social. Mas, acima de tudo, tudo o que importava era que eu tinha um bom diploma de direito e havia atuado como assessor de um juiz. De alguma forma eu sempre, enquanto estava no mercado de trabalho, tive que explicar até mesmo a pesquisa sobre acesso à justiça, por que os professores de direito americanos, e isso pode ser interessante para a sua pesquisa, eles diziam: “bem, eu li esse relatório geral e é muito descritivo, qual é a teoria?” e por teoria eles querem dizer teoria jurídica no estilo americano, que é muito normativa, muito baseada em princípios jurídicos com algum efeito. Eu tinha que explicar que, bem, eu podia fazer teoria jurídica americana, mas eu não era obcecado por aquilo. Então foi interessante, a forma como as coisas aconteceram.

FF: E você também tinha que explicar seu doutorado na Europa?

Isso era, de certa forma, apenas um pequeno e belo ornamento. Eu não precisava explicar por que

eu passei um tempo na Itália, por que eu tinha ao menos publicações mas tinha que explicar minha falta de experiência que, de certa forma, era uma questão. Eu quase... eu me questioneei muito, sobre o quanto eu deveria praticar direito por uns anos, para depois passar a lecionar direito no mercado de ensino. Mas eu tive sorte o suficiente e consegui o emprego em Indiana, então eu decidi esquecer a parte de praticar direito.

IN: Por quanto tempo você ficou na Itália?

Fiquei na Itália por três anos.

IN: E quando você voltou aos Estados Unidos?

Eu voltei para trabalhar como assessor em São Francisco.

IN: E quanto tempo você atuou em São Francisco, professor?

Fiquei por um ano no cargo, o que é o normal, e enquanto isso eu fazia seleções para atuar como professor. Naquele momento minhas referências eram Mauro Capelletti, provavelmente David Trubek, talvez ainda alguns dos meus outros professores de Stanford.

FF: Você lembra os nomes?

Barbara Babcock²⁸, vocês não devem conhecê-la,

28 Barbara Allen Babcock foi a primeira mulher admitida como membro regular (*regular faculty*) da Faculdade de Direito de Stanford, a primeira professora mulher a assumir uma cadeira (*endowed chair*) e também a primeira professora emérita da instituição - credenciais que retratam com fidelidade a sua trajetória em defesa de casos envolvendo igualdade racial e de gênero. Graduada em Yale em 1963, ela então atuou como assistente judicial no Distrito de Columbia, foi associada a um famoso advogado criminalista, ocupou a primeira diretoria do “*Public Defender Service*” do Distrito de Columbia e, já em Stanford, foi nomeada pelo presidente Carter para integrar a Divisão Civil do Departamento de Justiça em seu governo federal. Ingressou em Stanford em 1972, onde leciona Direito Processual Civil e Penal e História do Direito das Mulheres. Suas publicações constroem um interessante diálogo entre o direito processual e os estudos de gênero e vão desde um manual em Direito Processual Civil a uma biografia sobre Clara Foltz, a primeira mulher advogada no Oeste dos EUA (Stanford Press, 2011), passando por artigos em discriminações de gênero, mulheres no Direito, tribunal do júri, entre outros. Dentre outros prêmios, ela

mas ela um tipo... ela tinha uma carreira muito notável. Ela continua viva, assim como Tom Grey, seu marido²⁹, que também era uma das minhas referências, ambos... mas eu tinha passado um semestre no curso de direito, minha parte favorita do curso de direito, foi todo o semestre trabalhando para um escritório de advocacia engajado em discriminação de gênero, demandas empregatícias, e era com a Barbara Babcock. E aquilo realmente, para mim aquilo era o mais divertido, o mais interessante, o mais recompensador e era... eu aprendi algumas habilidades técnicas, mas eu também me interessei sobre o que é possível alcançar através do direito, através da judicialização.

FF: Então o trabalho em Indiana não foi o seu primeiro trabalho acadêmico?

Foi meu primeiro trabalho acadêmico.

FF: Nós encontramos algo como professor associado em Michigan.

Isso foi depois.

FF: Ah, ok.

Eu fui professor visitante em Michigan. Comecei a dar aula em 1979. E quando era professor visitante na Universidade Europeia, era apenas no verão. Então Michigan durou um ano, enquanto eu estava em Indiana, fui para Michigan e depois voltei para Indiana.

FF: Então não era *tenure track*³⁰?

recebeu por quatro vezes um prêmio de excelência em docência na Faculdade de Direito da Stanford University.

29 Thomas C. Grey também é professor na Faculdade de Direito da Universidade de Stanford, onde leciona “*Torts*” (há mais de trinta anos), Direito Constitucional, Teoria e História do Direito. Antes de ingressar em Stanford, Grey atuou como assistente judicial do Juiz da Suprema Corte dos EUA Thurgood Marshall, o que parece ter influenciado suas linhas e objetos de pesquisa. Em sua carreira, desenvolveu estudos principalmente em “*Legal Theory*” e história do pensamento jurídico norte-americano, tendo se especializado em estudar as decisões de Oliver Wendell Holmes. Escreve sobre correntes de pensamento da teoria jurídica nos EUA, como o pragmatismo, formalismo e o realismo, e sobre o que denominam de “*unwritten Constitution*”, ou Constituição não formal, não escrita.

30 NT: *Tenure* é a posição universitária homóloga à nossa estabele-

Indiana era uma tenure track. Mas eu cheguei a tenure, acho que no quarto ano lá. Em parte por que naquele momento eu já tinha um livro e tinha “Acesso à Justiça”, tinha meu livro e tinha as avaliações, por isso cheguei logo no tenure. E continuei escrevendo naquele momento, também fui aconselhado por alguém em Indiana, um amigo meu que, de modo a certificar-me de alcançar a tenure, sugeriu que eu deveria ao menos escrever um artigo no qual citasse casos. Por que eu estava fazendo esse tipo de sociologia jurídica orientada para transdisciplinaridade, ou seja lá do que se queira chamar isso, e eu pensei “se eu publicar algo sobre class actions, como um artigo de revisão jurídica, isso fará parte do meu dossiê de tenure”. O que me deu credibilidade como um acadêmico americano do campo do direito, não apenas alguém interessado em outras coisas, acesso à justiça...

FF: Você nunca pensou em buscar uma posição em uma faculdade de sociologia?

Não. Eu certamente pensei, como disse, sobre o doutorado em história. E quando estive em Stanford eu tentei fazer dupla graduação, mas era muito difícil, por que a escola de direito era baseada em semestres e as outras escolas eram baseadas em trimestres e eu era casado e trabalhava, então não funcionou. Eu nunca havia pensado em sociologia naquele momento, provavelmente isso nem estivesse na minha imaginação, e eu sequer havia aprendido as teorias da sociologia, o poder das teorias em sociologia, naquele momento. Isso veio depois, isso veio quando conheci Yves [Dezalay]. Mas eu posso contar um pouco como isso aconteceu.

FF: Estou muito interessado nisso.

IN: Sim, eu também!

FF: Bem, podemos dizer que a segunda metade da sua produção foi majoritariamente feita com Yves Dezalay.

dade. A *tenure track* é uma posição oferecida a jovens acadêmicos, que serão avaliados após alguns anos de exercício. Se cumpridos os requisitos pelo comitê *tenure*, é alcançada a posição de professor “vitalício”.

Sim, certo. E o que aconteceu foi que eu estava escrevendo sobre acesso à justiça, class actions e fiz pesquisa empírica sobre class actions com alguns amigos e nós realmente fizemos algumas entrevistas. E estava escrevendo um livro sobre reforma do direito, mudança social através dos tribunais mas, naquele momento parecia inútil escrever mais, por que nada estava acontecendo, tudo estava indo em outra direção. E também notei que muitas pessoas ainda estavam escrevendo as mesmas coisas. Naquele momento eu estava interessado, havia muitas pessoas interessadas, em como a história da ciência e da medicina sobre os paradigmas mudou ao longo do tempo, então eu estava muito curioso e começando a escrever alguns artigos sobre o tipo de ascensão e queda do movimento de acesso à justiça. E estava novamente muito envolvido na Law & Society e conheci Yves em um encontro anual da Law & Society e também continuava envolvido com Mauro [Capelletti] e direito processual internacional e etc. Mas conheci Yves e então, eu acho que David Trubek e outros, organizaram uma conferência na qual eu apresentava um artigo que Yves havia escrito. Eu devia apresentar o artigo dele e tecer críticas, que ele iria responder. Era um paper sobre resolução alternativa de disputas na França, que se conectava a arbitragem internacional. A minha crítica era no sentido de que não se pode estudar isso apenas na França, é preciso saber mais. E eu sabia um pouco de arbitragem comercial internacional, por que muitos dos professores de processo trabalhavam com arbitragem, então eu sabia porque tinha conexões com essa área e estava curioso sobre como, quem são essas pessoas e assim Yves e eu decidimos tentar algum financiamento para fazer essa pesquisa. Naquele momento eu já era diretor na Universidade de Indiana então não estava muito certo sobre como eu conseguiria fazer essa pesquisa mas, vocês sabem, você mergulha de cabeça. Conseguimos um financiamento da National Science Foundation³¹ e o que eu posso dizer é que o

31 A National Science Foundation, <http://www.nsf.gov>, é uma agência governamental federal independente que promove e apoia financeiramente o desenvolvimento de pesquisas e a ciência de modo geral, exceto ciências médicas. Criada em 1950, seu orçamento atual é de US\$7,5 bilhões, ela contribui com cerca de 25% do apoio público para a produção científica de todo o país. A NSF fomenta muitos projetos de pesquisa empírica em direito (ou, na

que me aproximou de Yves, e eu já havia começado a fazer isso, era tentar explicar, sistematicamente, a ascensão e a queda do movimento de acesso à justiça. E começar a pensar mais sobre a relação entre direito e mudança social, não promovendo direito e mudança social, mas tentando entender quais são as razões pelas quais o mundo não estava mudando no sentido que eu queria que mudasse. E qual é o papel dos juristas em tudo isso. Então começamos a trabalhar juntos e comecei a ler um pouco de Bourdieu e conheci Bourdieu no encontro da Law & Society em Amsterdã. E disse a ele: estou muito interessado em aprender mais e neste momento minha principal relação com isso é por intermédio do Yves. E Bourdieu disse: “existem intermediadores piores” [risos]. Então começamos a trabalhar juntos e, de certa forma, inventamos nosso próprio método, muito inspirado no trabalho de Bourdieu, e começamos a fazer entrevistas. Depois, por sorte, aconteceu de me mudar para a American Bar Foundation que era o trabalho perfeito para fazer essa pesquisa. Então me tornei diretor da American Bar Foundation em 1990, enquanto era professor em Indiana. Depois segui, me mudei para Chicago e não precisava mais dar aula, e tinha recursos, algumas vezes da Bar Foundation, outras da Fundação Nacional de Ciência e Yves e eu realmente começamos a fazer esse trabalho sobre arbitragem. Então pensamos em escrever um artigo e acabamos escrevendo um livro³². Depois gostamos tanto de trabalhar juntos que começamos um outro projeto, e outro projeto e mais outro... e foi assim que nossa parceria começou. E nós apenas... nos conhecemos e ambos, naquele momento, tínhamos interesses semelhantes e funcionou de forma muito boa. E algo interessante é que, quando estudamos os lugares, eu sou capaz de encontrar as conexões com os Estados Unidos e ele encontra as conexões mais orientadas para a Europa. Então, de certa forma, como o livro de arbitragem é em parte uma batalha entre o estilo Europeu e o Americano de arbitragem, nossas abordagens de certa forma

área do Direito e Sociedade) na forma de fomento integral aos projetos específicos e/ou de bolsas de pesquisa genéricas a Professores-Pesquisadores (os chamados “fellowships”).

32 Y. Dezalay and B. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (University of Chicago Press, 1996).

situavam o conflito no campo e isso foi muito legal. Bourdieu escreveu a introdução dizendo que aquele era nosso método, mesmo que nós não tivéssemos de fato nomeado como tal, mas isso nos levou, de certa forma, a pensar tais questões. Assim, eu comecei a mudar, de uma forma mais promocional, argumentando pela transformação legal, para buscar entender os processos de transformação jurídica. E aquele foi o momento em que as pessoas começaram a focar na globalização e nosso estudo era muito claramente um estudo sobre globalização do direito, que de certa forma começamos a olhar como um estudo de métodos alternativos de resolução de conflitos e que, depois, tornou-se um estudo sobre a globalização.

FF: Apenas um pequeno parêntese: como é a sociologia de Pierre Bourdieu? Essa é a orientação mais forte dos seus trabalhos com Yves Dezalay. Como os sociólogos americanos do direito recebiam, receberam, uma sociologia Bourdivina do direito?

Eu penso que tive sorte por ser um jurista e não estar no departamento de sociologia. Bourdieu é muito respeitado nos Estados Unidos. Mas é mais, é uma referência que, embora você a cite, muito poucas pessoas querem fazer o trabalho que Bourdieu inspira. Em parte por que envolve questões sobre família, capital, classe social, hierarquia e esses são assuntos que as pessoas que fazem sociologia jurídica estão menos interessadas. Eles estão interessados em temas como crime, raça, gênero mas não tanto no trabalho do tipo qualitativo...

FF: Os próprios agentes?

Os próprios agentes. E as posições dos agentes, incluindo as posições dos acadêmicos. E por isso penso que foi contra a corrente, em certa medida. Mas também, a abordagem do Bourdieu é relativamente leve, no sentido de que você pode contar uma boa história sobre o que aconteceu dentro de um quadro analítico de Bourdieu. Então você não está... não se trata de teoria pesada, a partir da qual você apenas usa terminologias ou coisas do tipo. E você pensa, independentemente de gostar de Bourdieu ou não, se você leu o livro sobre arbitragem você sabe muito sobre arbitragem, você

aprende quem eram essas pessoas, aprende como eles tornaram-se as pessoas que são, como o campo foi criado. E Bourdieu te treina a ver isso, olhar para isso mas, uma vez que você olhou, você consegue juntar, você monta uma boa narrativa que fecha com isso. Por isso acredito que os livros tenham sido bem recebidos. Não tanto por que eles tinham uma abordagem a partir da obra de Bourdieu, mas por que eles contavam às pessoas coisas que elas estavam interessadas em aprender.

FF: O que você diria que foi a grande contribuição que a parceria Garth – Dezalay trouxe para os estudos sociojurídicos?

Bem, acho que nós focamos realmente em conectar o global e o local. E existe muito sobre a exportação de ideias e como a colonização do norte enviou ideias para o sul mas, parte, eu penso, o que fizemos, que começou no livro sobre arbitragem, foi que começamos a ver que essa ampliação da arbitragem comercial internacional não se trata apenas de construir algo transacional, mas sim de transformar o local de modos diferentes, em cada lugar. Então, quando nós terminamos aquele livro, nós gostamos dele, mas os últimos três capítulos que eram sobre... os últimos dois capítulos sobre o Egito e a China e, particularmente, Hong Kong, e nós pensamos que não sabíamos o quanto queríamos saber, nós sabíamos muito pouco sobre os árbitros lá e sentimos que precisávamos estudar mais sobre o que estava acontecendo nesses lugares. Então pegamos a América Latina para escrever o livro seguinte³³, por que não havia arbitragem naquele momento, e seria uma mudança tentar ver como o internacional e o nacional se relacionam. Acho, portanto, que são pistas... e nós localizamos os atores, mapeamos as ideias e você pode ver como, por exemplo, existe a criação da escola de economia de Chicago e há pessoas que estudaram os “Chicago men” mas o que penso que conseguimos mapear é como essas ideias se desenvolveram de maneira diferente em diferentes versões de Estados. No Chile foi diferente, no Brasil foi parecido, ou mais próxi-

mo, do que na Argentina ou no México. Nós de fato ficamos interessados em tentar entender os campos jurídicos nacionais e como eles foram transformados por ideias específicas, abordagens, competições. Penso que, talvez, nossa inovação seja que permanecemos fiéis na busca de compreender as intersecções dos dois lugares. E foi certamente isso que fizemos no terceiro livro³⁴ e o que acrescentamos lá, em particular, foi focar mais no “império”. Por que quando você estuda a América Latina, você está estudando impérios semelhantes, apenas dois impérios, com abordagens parecidas. Mas quando você estuda a Índia, Indonésia, você está estudando impérios muito diferentes e portanto o que é direito hoje, é parte da história, assim como parte da guerra fria, parte das diferentes relações com os Estados Unidos, com as fundações. E, novamente, penso que parte da nossa inovação, foi realmente tentar mapear, se é possível dizer algo verdadeiro sobre todo o nosso trabalho, trata-se de tentar entender a competição global. “Palace Wars” é sobre quem ganha o globo. Sobre como eles estão transformando, de formas muito diferentes, diferentes lugares. E que há importadores, assim como há exportadores e você precisa estudar a posição dos importadores, o que as vezes é difícil, por que você está falando de coisas como classe social, hierarquia mas, frequentemente, sobre aqueles que são do sul também.

FF: Você tem algo a dizer sobre como as elites jurídicas receberam o seu trabalho, por exemplo, como os juízes da Suprema Corte Americana ou do Conselho de Estado Francês? Como eles, primeiro, se eles sabem sobre o que você e Yves falam deles? Se sabem, é bem recebido? Ou eles pensam que vocês os tratam como os sociólogos fazem?

Bem, eu penso que... é interessante, em parte por conta de nossa forma de colaboração, nós quase nunca escrevemos... nós temos sorte, por que não estamos em uma posição de ter que escrever ensaios que digam: aqui estão as desigualdades e aqui estão as mudanças que podem transformar isso. Nós nunca dissemos, nunca fizemos isso. Ape-

33 Y. Dezalay and B. Garth, *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (University of Michigan Press, 2002).

34 Y. Dezalay and B. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States* (2002, University of Chicago Press).

nas contamos a história. E algumas pessoas podem ler a história como uma história de progresso enquanto outras podem ler como uma história de hierarquia, classe e dominantes e...

FF: E poder.

E poder. Então isso pode funcionar, eu não penso que nosso trabalho seja lido na Ásia ou na América Latina, por juizes das Altas Cortes ou algo desse tipo. Mas penso que, quando falamos com árbitros e com a comunidade da arbitragem, ambos os lados, poderiam usar o livro uns contra os outros. E a melhor coisa dita sobre isso foi enunciada por um árbitro: “lendo isso é como ler um autorretrato, eu vejo coisas diferentes sobre mim mesmo e não as teria visto de outra forma, de modo a entender mais sobre o mundo que vivo e sobre quem eu sou”. Então esse é o ideal, se você consegue fazer as pessoas verem dessa forma. O que mais tivemos, eu diria, é que acadêmicos têm mais problema com nossos livros. Em certo sentido por que eles nos veem como minando os direitos humanos ao dizer quem são os atores, ao falar sobre a competição existente entre Humam Rights Watch e Anistia Internacional, e dizem que isso deslegitima os direitos humanos de alguma forma, mesmo que os ativistas de direitos humanos, eles mesmos, lhes digam que aquele é o mundo deles e que ele funciona desse jeito. Mas nós fomos chamados de marxistas pelos acadêmicos. Penso também que fomos considerados problemáticos por aqueles que querem distinguir entre “hegemônico” e “contra-hegemônico”. Por que nosso trabalho, e é perfeitamente legítimo usar os termos “hegemônico” e “contra-hegemônico” mas, dentro do direito, nossa pesquisa sugere que é muito difícil separar os dois e que existe alguma sobreposição e que o processo de trabalho dos dois lados é semelhante. E uma posição mais ativista tende a encontrar algo que você gosta e forçar como “contra-hegemônico”, mas esse não é nosso trabalho e por isso fomos criticados algumas vezes por, por exemplo, advogados militantes. Eles às vezes são um problema por que, em geral, são nossos amigos, e consideram que não os estamos apoiando, dando suporte ao modelo puro, o ideal de advogados que fazem mudanças sociais. Ao contrário, estamos os colocando em um contexto, tentando explicar o que

fazem, mostrando como podem chegar à frente fazendo isso e, por isso dizem que você os está apresentando de modo frio. E, claro, a verdade é que os advogados de direitos humanos são pessoas que gravitamos em torno, são amigos e nós os apoiamos, mas nosso trabalho é tentar explicar e, como eu digo, é sobre compreender os processos que fizeram com que o movimento de acesso à justiça não prosperasse e, agora, como isso se dá em um contexto muito maior. Para nós a grande diversão é aprender esse contexto e perceber todos os pedaços se juntando em um tipo interessante de fotografia, na qual podemos ver como isso se relaciona com aquilo. Mas essa abordagem pode ser complicada. Uma vez fizemos uma proposta de projeto para a National Science Foundation na qual os avaliadores disseram: “o projeto não deve ser financiado e as ideias não devem ser estimuladas” [risos].

FF: Bryant, deixe-me propor algo, uma vez que o Paulo voltou³⁵, eu gostaria, ele vai lembrar, o processualista, o juiz, ele vai lembrar o nome e eu preciso pedir licença por dois minutos...

PS: Vocês estavam falando sobre?

FF: O professor paulista...

Há um professor em São Paulo, que é muito ativo na Associação Internacional De Direito Processual, ele é juiz, e eu estou tentando lembrar o nome dele...

PS: O nome dele, é um homem? Então não é...

É um homem, não é a Ada Pellegrini Grinover, que também é ativa, mas é alguém daqueles círculos. Ele fala muitas línguas e...

PS: Talvez... de São Paulo? Há alguém do Rio também.

Pode ser do Rio...

PS: Barbosa Moreira?

³⁵ O Professor Paulo Silva se ausentara momentaneamente da entrevista para uma reunião com o Professor Marc Galanter, previamente agendada e em conflito de horário.

Isso! Esse é o nome!

PS: Falando muitas línguas e... sim! Bem, eu acho que ele é o melhor processualista civil que temos no Brasil.

Ele é um dos bons?

PS: Sim, eu acho que ele é um dos melhores, talvez o melhor.

Há algo que me interessa, não sei se falo por que gravação está muito longa...

IN: Não, não, fique à vontade!

É que... alguém disse que os processualistas no Brasil estão de certa forma no topo do campo acadêmico...

PS: Sim, sim.

Então, essas pessoas seriam uma elite e é interessante que eu tenha encontrado com eles muito antes de eu saber sobre o Brasil.

PS: Você o conheceu?

Eu o conheci, ele esteve em Florença quando eu estava lá trabalhando no Acesso à Justiça.

PS: Em Florença, claro!

E depois eu me tornei, por conta de Mauro, me tornei vice-presidente da associação internacional de direito processual, mesmo depois que ele saiu, embora depois eu tenha decidido que não podia continuar, por que não era a mesma coisa sem ele, mas José [Carlos] Barbosa [Moreira] acho que era o vice-presidente da associação e por isso nos víamos muito, a ele e a esposa, muito frequentemente, em muitos eventos.

IN: Eu fiquei curiosa, professor, enquanto você estava falando sobre e, também por que estamos aqui na *Law & Society*, como a LSA ajudou, por que você disse que conheceu Marc Galanter e também professor Lawrence Friedman, David Trubek, você mencionou que a *Law & Society* foi muito importante...

Sim, e essas pessoas depois me impulsionaram e

*me tornaram um ator na LSA, pode-se dizer. Trabalhei em muitos projetos com eles e, quando fiz pesquisa na Índia, a primeira pessoa que entrevistei foi Marc Galanter, quando fiz pesquisa no Brasil, a primeira pessoa que entrevistei foi David Trubek. Por que ambos são tanto globais quanto locais e mapear as redes é uma forma muito interessante de entender a circulação de ideias e pessoas. Foi sempre muito interessante e, eu diria, eu mudei, durante a minha pesquisa, da corrente principal da *Law & Society* para algo um pouco mais fora, ao tentar explicar a mudança do direito e da sociedade, ao invés de promover a mudança social e jurídica. E é uma diferença sutil, por que as pessoas que promovem também tentam explicar, mas não da forma que nós tentamos explicar, então mesmo nossos livros têm sido aclamados mas sempre deixam as pessoas, de alguma maneira, um pouco desconfortáveis. E é por isso que estava dizendo, antes de você chegar, que é um pouco perturbador ler sobre isso e por isso as pessoas frequentemente não sabem o que fazer com os livros, eu diria.*

IN: E como você os conheceu? Digo, professor David Trubek, por exemplo.

Eu o conheci por que ele também integrava o [projeto] Acesso à Justiça. Ele era... e ele também é um grande conselheiro, ele me adotou, de certa forma, como ele provavelmente o fez com outras pessoas aqui. E foi ele quem me convidou para as pesquisas sobre teoria crítica, conferências e me levou a conhecer os demais, me envolveu em projetos, e por conta dele conheci Yves, era um projeto que o David havia organizado, então...

IN: Onde você conheceu Yves?

Eu conheci em um painel, sobre resolução alternativa de conflitos, mas isso foi quando me pediram para apresentar o trabalho dele, ou seja, essas pessoas tornaram possível conhecer outras pessoas.

IN: E Lawrence Friedman?

Lawrence Friedman foi meu professor, mas naquele momento ele não estava fazendo o que faz hoje, ele fazia um trabalho mais quantitativo e eu nunca

fui vocacionado para as contagens quantitativas, comportamentais. Mas ele era. O curso que fiz com ele, ele ensinava sobretudo isso. Mas foi ele que me encorajou a organizar meu primeiro painel sobre acesso à justiça na Law & Society. Ele teve um papel muito importante e para sempre terá. Meu filho é aluno dele agora.

IN: E onde ele foi seu professor? Em Stanford?

Sim, em Stanford. Meu filho também estuda direito em Stanford.

FF: Todos os seus filhos estudam direito?

Não, somente meu filho. Minhas duas filhas estão no que chamamos de curso de formação de enfermeiras, elas são enfermeiras com pós-graduação, mas estão muito bem. Eu tenho três netos.

PS: Penso que você é parte da segunda geração da *Law & Society*, esses caras que você mencionou, eles são mais velhos que você, mas mesmo assim você trabalhou com eles. Se eu não te conhecesse, eu iria pensar que você tem a mesma idade deles...

Em parte por que eu... eu era jovem quando trabalhei no projeto "Acesso à Justiça", então isso explica isso em parte. Mas eu estava definitivamente atrás deles. E eu penso que por isso fui atraído a fazer mais sociologia jurídica, por que meus primeiros escritos eram muito mais nos moldes do trabalho de Marc Galanter e David Trubek e da forma que a Law & Society existia, não havia um lugar para mim, sabe, para de fato fazer a minha reputação, por que você está escrevendo para agradar seus orientadores. E é claro que eles vão mudar e você precisa mudar com eles, mas eu não sabia ao certo explicar quem eram meus mentores e colocá-los em um quadro. Escrevi sobre a história da Law & Society com a Joyce Sterling³⁶ [From Legal Realism

36 Joyce Sterling é Professora da Universidade de Denver, junto ao Sturm College of Law, onde leciona "Legal Ethics and Legal Profession". Suas pesquisas estão na área de profissões jurídicas e educação jurídica. Nas últimas décadas, a Professora Sterling tem investigado principalmente as diferenças de gênero nas carreiras jurídicas. Desde 1997, ela é uma das principais pesquisadoras, com o próprio Bryant Garth, do conhecido projeto "After the JD", um es-

to Law & Society] e Yves também fez parte disso, ele fez algumas entrevistas comigo. Nesse momento consegui entender esse mundo no qual eu existia e com quem eu estava relacionado.

FF: Se você me permite voltar a um dos seus trabalhos com Yves Dezalay, não apenas sobre elites jurídicas, mas existe uma característica geral, que corta todos eles, deixe-me, eu diria...

Eu tenho que ir, temos o almoço da Law & Society em seguida.

FF: Mais dez minutos?

Sim.

FF: Então... há uma grande ambição em comparação, muito diferente do que um antropólogo chamaria de comparação, digamos, comparar pela observação, dois ambientes bem pequenos e controlados. Vocês normalmente comparam três culturas jurídicas, quatro países e... vocês constroem, é bem diferente o seu trabalho e do Yves Dezalay, essa grande ambição comparativa. A abordagem, vocês conseguem comparar, não apenas por que vocês têm o quadro teórico do pensamento de Bourdieu, a noção de campo jurídico, mas também por que vocês desenvolveram uma metodologia comparativa que é particular. Você concorda?

Certo! E eu comecei a pesquisar trabalhando com direito comparado, e o que nós fazemos não é direito comparado. Por que tentamos, por que existe uma relação entre eles, são todos parte de processos semelhantes, esses impérios, a criação da economia como disciplina, mesmo da sociologia como disciplina. Todos participam no mesmo fluxo hierárquico de ideias e pessoas. O que nós tentamos fazer foi aprender sobre campos de poder, poder

tudo longitudinal de carreiras jurídicas nos EUA, também mencionado pelo entrevistado. Outro artigo publicado em co-autoria por ambos é "Exploring Inequality in the Corporate Law Firm Apprenticeship: Doing the Time, Finding the Love" (Georgetown Journal of Legal Ethics novembro de 2009), que explora o dado, revelado em pesquisas desde a década de 1980 e observado em mais detalhes e amplitude no próprio projeto "After the JD", de que mulheres e minorias em geral ascendem em muito menor proporção às posições de sócio nos escritórios de advocacia.

econômico ou poder do estado, por meio dos quais nós pudéssemos ver como as coisas, o mesmo grupo de estímulos, por um lado, afetou de forma tão diferente cada lugar. A nossa comparação é uma comparação de um alvo em movimento, mais do que um alvo estável, e por isso cada vez mais chegamos na história, por que queríamos tentar entender esses alvos se movendo. Assim, você tem a ascensão de uma crise global de algumas fontes, ou mesmo o triunfo da América depois da Guerra Fria, o que subitamente afetou a vida das pessoas, esse novo conjunto de ideias e ortodoxias saindo dos Estados Unidos, que se espalhou pelos campi americanos e você pode ver como eles se desenvolveram de modo diferente, em diversos lugares, e eu penso que o que nos distingue é que nós nos preocupamos muito em ir até esses diferentes lugares e tentar ver isso. Na Argentina não é o mesmo que o Chile, não existe uma história solucionadora particular, ao contrário, há semelhanças, mas a história do Brasil é muito diferente da Mexicana. E eu penso que isso foi algo que nós realmente não esperávamos. Quando nós começamos a fazer Palace Wars nós iríamos fazer dois, eu acho que dois países, na América Latina, dois no Leste Europeu e depois nos demos conta que não havia “uma” América latina, não era possível fazer apenas um e... e eles eram tão diferentes, que nós acabamos dizendo que iríamos fazer apenas quatro países e claro que, mesmo assim, ainda alguns países como a Colômbia e a Venezuela, teriam histórias muito diferentes daquelas que contamos.

FF: Então se você me permitir apenas mais uma pergunta, se vocês Izabel e Paulo estiverem satisfeitos, que mensagem... você está diante de três juristas, como você que, durante seus estudos e o início de suas carreiras, tentaram não fazer do direito um estudo técnico mas algo dentro dos estudos sobre direito e sociedade, esse é o nosso perfil, nós três. Que mensagem você daria para os jovens estudantes de direito ou sociologia no Brasil, que querem fazer pesquisa nessa área, como uma trajetória em suas carreiras. O que você diria para eles?

Minha mensagem seria absolutamente para fazerem isso. E penso que, para todos nós, estudarmos o nosso próprio campo, estudar o campo da so-

ciologia, do direito no Brasil, por que nós também veremos todas as coisas que naturalmente impulsionam vocês numa direção e desse modo você pode conscientemente usar isso, ou pode ir contra, você que decide. Mas os melhores pesquisadores sempre, pra mim, foram aqueles que conheciam os seus campos, sabiam como o que eles escreviam seria recebido e demanda muito trabalho fazê-lo. Mas quanto mais curioso você fica sobre o mundo no qual você vive, mais preparado você está para ir além, o que é desafiador no Brasil por que, muitas vezes, é remar contra a maré e é muito gratificante quando você faz algo contra todas as forças, algo que pôde ser feito. A questão é que você precisa de aliados, você precisa de inimigos, você precisa de amigos. Então eu penso que é muito... vale muito a pena fazer essas pesquisas, mas existem revezes constantes e é difícil resistir a eles.

FF: Izabel ou Paulo? Eu estou satisfeito.

IN: Eu gostaria de lhe perguntar mais sobre o projeto que você trabalha atualmente, chamado “Depois da Faculdade de Direito” e a sua relação com esses projetos e com a *American Bar Foundation* mas penso que a entrevista foi muito boa então se não der tempo, tudo bem...

Eu posso dizer que “Depois da Faculdade de Direito”³⁷ começou quando eu estava na American Bar Foundation e por que comecei a estudar os juristas globalmente e depois passei a estudá-los dentro dos Estados Unidos, o que foi perfeito para a ABF por que deu a ela credibilidade, realmente estudar os juristas, não apenas questões exotéricas e por isso comecei com a pesquisa e a desenvolvo há dezesseis anos. É orientada para um tipo de abordagem de Bourdieu, de capital social. Mas eu considero, honestamente, eu amo essa pesquisa e continuo trabalhando nela, mas eu a considero minha pesquisa de lazer, não é como o tipo de pesquisa que faço com Yves.

PS: Eu estou satisfeito, tenho muitas perguntas sobre o projeto Acesso à Justiça, mas eu acredito que vocês

37 NT: No original “After the JD” e conforme já explicado o curso de direito nos EUA, que é conhecido como *Juris Doctor* ou simplesmente JD, é uma pós-graduação que dura 3 anos.

já falaram sobre isso.

E vocês podem me escrever sempre.

PS: Claro. Apenas mais uma pequena pergunta, você acredita que “acesso à justiça” está voltando à tona na *Law & Society*, por que eu vejo muitos... você tem a mesma sensação?

Sim, eu penso que está. Eu penso que, em parte, por que existe muita gente boa envolvida no tema, como Rebecca Sandefur³⁸, que é muito criativa. E penso que... existe uma certa crise nas profissões jurídicas que tem sido percebida e está reabrindo algumas questões. Se cobramos tanto dinheiro nas Faculdades de Direito, como os advogados podem trabalhar para pessoas físicas? E há pessoas, em um dos painéis, dizendo que a escolha não é apenas entre o interesse público e direito das empresas, ambas podem ser carreiras de elite. Nós devemos aprender mais sobre as pessoas que trabalham para outras pessoas, quem são elas, o que elas fazem. Entrevistei advogados que atuam sozinhos, no projeto “Depois do Doutorado em Direito”, para tentar entender como as pessoas fazem carreiras não vinculadas à elite, mas enraizadas em uma comunidade, falando uma língua estrangeira, não inglês mas espanhol, coreano, árabe e construindo esses tipos de trajetórias...

PS: Está voltando, mas com questões diferentes ou algo do tipo...

38 Rebecca Sandefur é Professora do Departamento de Sociologia e do College of Law da Universidade de Illinois, em Urbana-Champaign e “Faculty Fellow” da American Bar Foundation, onde criou e desenvolve um amplo projeto de pesquisa em acesso à justiça. Seu foco de estudos é a relação entre direito e as desigualdades e ela integra uma nova geração de promissores “scholars” no âmbito da “Law and Society”. Suas publicações mais recentes retomam, renovam e avançam as pesquisas sobre acesso à justiça, frequentes nos EUA na década de 1980 e, desde então, um tanto fora da pauta geral. Sua perspectiva se caracteriza pela análise do acesso à justiça a partir da recuperação dos conceitos de classe, raça e gênero, clássicos na Sociologia e, segundo ela, não inteiramente aproveitados nos sobre acesso à justiça da fase anterior. Ela também integra o projeto “After the JD”, mencionado pelo entrevistado. Outro seu projeto atual busca identificar as experiências e necessidades das pessoas e das comunidades em termos de serviços jurídicos e acesso à justiça, com apoio da National Science Foundation.

É diferente e é mais técnico hoje. Quando estávamos fazendo a pesquisa, tratava-se de tornar efetivos os direitos de um estado que redistribuiu, de alguma forma, os mecanismos de acesso à justiça e eu não vejo isso voltando, a esse ponto. Há alguma conexão, Thomas Piketty está mais preocupado com isso, mas não da mesma forma que naquele tempo. E agora tenho que ir almoçar.

FF: Professor Bryant Garth, obrigado!

IN: Muito obrigada, professor!

PS: Obrigado! Nos vemos no Brasil!

Sim! Obrigado a vocês! Estou muito honrado com esse convite.