

REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO

Publicação oficial da ABraSD



DIRETORIA DA ABraSD

(ISSN 2359-5582)

Presidente:

Marcelo Pereira de Mello (RJ)

Primeiro Vice-Presidente:

Artur Stamford da Silva (PE)

Segundo Vice-Presidente:

Germando Schwartz (RS)

CONSELHO DELIBERATIVO

Arnaldo Bastos Santos Neto (GO)

Fernanda Busanello Ferreira (PR)

Guilherme Azevedo (RS)

Julliana Neuenschwander Magalhães (RJ)

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes (PR)

CONSELHO FISCAL

Delton Soares Meirelles (RJ)

Fernando Rister de Sousa Lima (SP)

José Antonio Callegari (RJ)

**CONSELHO EDITORIAL
DA REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO****CONSELHEIROS NACIONAIS**

Artur Stamford da Silva (UFPE)
Celso Fernandes Campilongo (PUCSP, USP)
Dalmir Lopes Junior (UFF)
Dani Rudnick (UniRitter)
Guilherme Leite Gonçalves (FGV-RJ)
José Ribas Vieira (PUC-RJ)
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)
Leonel Severo Rocha (Unisinos)
Marcelo Galuppo (PUC-MG)
Marcelo Neves (UNB)
Mauro Gaglietti (IMED)
Renata Almeida da Costa (UniRitter)
Rodrigo Azevedo (PUCRS)
Ronaldo Porto Macedo Junior (USP, FGV-SP)
Salo de Carvalho (UFRGS)
Sandra Regina Vial (Unisinos)

CONSELHEIROS INTERNACIONAIS

Alberto Febbrajo (University of Macerata)
André-Jean Arnaud (CNRS-França)
Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (University of Westminster)
Arvind Agrawal (University of Rajasthan)
Carlos Lista (Universidad Nacional de Córdoba)
Darío Rodrigues Mansilla (Pontificia Universidad Católica del Chile)
David Nelken (University of Macerata/Cardiff Law School)
Joxerramon Bengoetxea (Universidad del País Vasco)
Luigi Cominelli (University of Milan)
Michael King (University of Reading)
Pierre Guibentif (ISCTE/Portugal)
Sol Picciotto (Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati)
Vittorio Olgiati (University of Macerata)
Wanda Capeller (Université de Toulouse)

COLÉGIO DE PARECERISTAS

Clarice von Oertzen de Araújo (PUCSP)
Delton Soares Meirelles (UFF)
Ferdinando Spina (UNISALENTO)
Fernanda Busanello Ferreira (UFGO)
Guilherme Azevedo (UNISINOS)
Henrique Garbellini Carnio (FADISP)
Igor Suzano Machado (UFV)
José Antonio Callegari (UFF)
Mara Regina de Oliveira (USP, PUCSP)
Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)
Orlando Villas-Boas Filho (USP, Mackenzie)

EDITOR

Fernando Rister de Sousa Lima (UNITOLEDO, Araçatuba/SP)

EQUIPE EDITORIAL

Caio Carvalho - MTB 64.034 (Diagramação e projeto gráfico)
Karenine Rocha da Cunha - MTB 35.245 (Jornalista responsável)
Michele Santos (Capa)
Sueli Aragão (Formatação e revisão ortográfica)

I - REGRAS BÁSICAS

- (I) Os artigos deverão ser inéditos no Brasil.
- (II) Os textos devem obrigatoriamente representar (ou relatar) eventual pesquisa desenvolvida pelo autor.
- (III) O problema de pesquisa precisa estar bem definido.
- (IV) Não serão aceitos textos meramente descritivos sem pretensão de cientificidade.
- (V) Os artigos serão submetidos a pareceres *peer double blind review*.
- (VI) A aceitação final dos artigos depende de recomendação de aprovação dos pareceristas.
- (VII) Em caso de aprovação condicionada à realização de ajustes recomendados, o artigo será enviado ao autor para que possa tomar as providências necessárias no prazo indicado, sob pena de não ser aceito para a imediata edição. Se o artigo, após esse prazo, for devolvido com erros substanciais que impossibilitem a aceitação, o indeferimento da inscrição será definitivo.
- (VIII) Os membros do conselho editorial poderão indicar professores de relevância na sociologia do direito para publicarem como convidados. Seus textos não serão submetidos à análise de conteúdo. Essas indicações, porém, não poderão ultrapassar o percentual de 20% da publicação anual da revista.
- (IX) Os artigos deverão ser entregues preferencialmente em português, embora possam ser enviados em espanhol, francês, inglês e italiano.
- (X) O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.

II - DA FORMATAÇÃO DO ARTIGO

Os trabalhos deverão apresentar a seguinte estrutura:

Título;

Nome do autor;

Qualificação do autor (em nota de rodapé);

Resumo em Português, com o máximo de 200 palavras;

Palavras-chaves (entre 3 e 5)

Abstract

Keywords

Introdução

Desenvolvimento

Resultado

Referências.

Citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé (citação numérica), seguindo as normas atualizadas da ABNT.

As referências também obedecerão às normas atualizadas da ABNT.

Arquivo com extensão.doc, compatível com o editor de textos Microsoft Word.

Número de páginas: de 15 a 20 páginas, incluindo a lista de referências (no final do artigo).

Folhas de formato A4;

Margens: superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm;

Redação do texto principal em fonte Arial, tamanho 12, com espaçamento 1,5 entre as linhas.

APRESENTAÇÃO

O clássico, o novo e o moderno unidos por um pensamento jurídico-sociológico

A Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD (www.abrasd.com.br), movida pela sua função institucional de prover e aglutinar pesquisa em sociologia do direito, e como novo instrumento deste anseio, apresenta a **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**.

Este periódico será um espaço destinado à divulgação da pesquisa sociológica **no** e **do** direito. Abrange, portanto, as pesquisas desenvolvidas por juristas, guiadas pelo olhar sociológico, e as apresentadas pelos sociólogos que têm no direito seu campo de estudo e investigação.

A revista, inicialmente, contemplará um volume por ano, dividido em dois tomos, lançados, respectivamente, nos meses de julho e dezembro de 2015 e assim por diante. Os artigos serão recebidos ininterruptamente por meio do seguinte endereço eletrônico: revista@abrasd.com.br. O Volume 1 (Tomo I), ora apresentado, vem sob as vestes de uma edição especial, preparada para dar vazão ao debate sociológico semeado no IV – Congresso da ABraSD, realizado na tradicional Faculdade de Direito de Recife – UFPE, entre os dias 11 e 13 de novembro de 2013.

Na sua edição inaugural, a revista mescla pesquisas sociolegais clássicas, modernas e novas. Publica teorias importantes para desvendar os meandros das águas que margeiam e ao mesmo tempo colaboram para a necessária simbiose da ciência social e da ciência do direito.

Nessa direção, e na certeza de que a cultura social também faz parte da formação intelectual do sociólogo do direito, logo de início, o leitor encontrará uma breve, porém muito peculiar, autonarrativa do sociólogo Luciano Oliveira, que com sua apurada pena expôs um pouco de sua vida pessoal e profissional.

Em seguida, expõe-se a teoria social construída (refinada) ao longo de uma vida, como a do Professor Cláudio Souto, Professor Emérito da UFPE e um dos pais-fundadores da sociologia do direito brasileira. O mestre da escola de Recife propõe um modelo teórico unificado mental-social com um nítido intento de universalidade.

Também o professor chileno Aldo Mascareño, reconhecido por sua produção sistêmica, discípulo de Niklas Luhmann no doutorado em Sociologia da Universidade de Bielefeld, oferece ao leitor uma reconstrução da operação do sistema jurídico com o objetivo de autocompreensão do direito.

Em formato de artigo, Artur Stamford da Silva apresenta uma pesquisa teórico-empírica atual, na qual buscou identificar como se formou a racionalidade jurídica do Supremo Tribunal Federal ao se decidir a favor do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar nos julgamentos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277).

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira propõe uma análise pragmática da jurisprudência do TRF da 5ª Região, com relação ao direito fundamental à saúde,

especialmente a respeito do critério doutrinário da possibilidade de universalização da medida ou prestação judicialmente pleiteada.

Manuela Braga Fernandes, em seus escritos, adota como referencial teórico o *Critical Legal Studies* para compreender as decisões judiciais contrárias à proteção do meio ambiente.

Consciente, ademais, do seu papel social aglutinador, o periódico publica três pesquisas realizadas em grupos de pesquisa social, oriundos de dois estados-membros da federação, com os seguintes títulos e autorias: (i) Entre o desafio de conciliar e o dever de tutelar limites e obstáculos da conciliação em ações de interesse público (Universidade Católica de Petrópolis - UCP), por Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Thais Borzino Nunes; (ii) Práticas do judiciário na gestão de conflitos que envolvem violência de gênero: o caso da intervenção com autores de violência doméstica e familiar no Brasil (Universidade Federal Fluminense - UFF), por- Andrea Catalina León e Gabriela Stellet; e (iii) Conjectura sistêmica: os jogos de poder na federação resiliente (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP), por Márcio Pugliesi, Nuria López e Luciano Del Monaco.

A revista é, pois, uma realidade! Alicerça-se no trabalho sério que vem sendo desenvolvido pela ABraSD, com destaque à revista impressa publicada em 2011, e na qualidade da teoria social brasileira.

Boa leitura e até o próximo tomo!

Obrigado.

Julho de 2014
Fernando Rister de Sousa Lima
EDITOR

SUMÁRIO

Palavras do homenageado

LUCIANO OLIVEIRA

Obrigado! Memória e Memorial de um Sociólogo do Direito 09

1 DOCTRINA SOCIOJURÍDICA 21

1.1 Teoria sociojurídica internacional 22

ALDO MASCAREÑO

Inmanencia y trascendencia en la sociología del derecho 22

1.2 Teoria sociojurídica nacional 38

CLÁUDIO SOUTO

Sobre a pesquisa científica em direito 38

2 PESQUISAS SOCIOJURÍDICAS 50

ANDREA CATALINA LEÓN e GABRIELA STELLET

Práticas do Judiciário na gestão de conflitos que envolvem violência de gênero:
o caso da intervenção com autores de violência doméstica e familiar no Brasil 51

ARTUR STAMFORD DA SILVA

Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homoafetividade 66

BÁRBARA GOMES LUPETTI BAPTISTA e THAIS BORZINO NUNES

Entre o desafio de conciliar e o dever de tutelar: limites e obstáculos da
conciliação em ações de interesse público 86

DAVI ANTÔNIO GOUVÊA COSTA MOREIRA

O direito à saúde e o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da
prestação judicialmente pleiteada: uma análise pragmática da jurisprudência do TRF
da 5ª Região 103

MANUELA BRAGA FERNANDES

O *Critical Legal Studies* como forma de explicar a injustiça ambiental 119

MARCIO PUGLIESI, NURIA LÓPEZ e LUCIANO DEL MONACO

Conjectura sistêmica: os jogos de poder na federação resiliente 133

OBRIGADO!

MEMÓRIA E MEMORIAL DE UM SOCIÓLOGO DO DIREITOⁱ

Luciano Oliveiraⁱ

Nasci numa cidade chamada Itabaiana. Não a da Paraíba, terra do sanfoneiro Sivuca. A minha é de Sergipe, o menor estado da federação, terra de Sylvio Romero e de Tobias Barreto, que também passaram por aqui... E eu, quem sou e como aqui cheguei? Como a sociologia jurídica tornou-se preponderante na minha identidade como pesquisador e professor? Nada foi calculado; quase tudo foi fruto de uma série de acasos felizes. É preciso, então, que eu diga algo sobre mim e a minha carreira de sortudo!

Acrescento que não tenho um nome importante, nem poderoso, embora meu

pai fosse um dos comerciantes considerados “ricos” na minha Itabira. Nunca teve gado nem fazendas, mas tinha uma farmácia, herdada do seu pai. Minha mãe, essa, tinha origens na roça, e seu pai chegou a ter gado e fazenda. Mas, com a idade avançando, torrou tudo nos cobres para vir morar na cidade. Homem de um tempo morto, era de guardar seus cobres perto de si, e eles foram roídos pela inflação. Morreu quase pobre, com as filhas “costurando para fora” para sobreviver. Minha mãe, ao se casar com meu pai, tornou-se o que se chamava uma mulher do lar, ajudando o marido no comércio e tomando conta da casa e de nós. Na época, não se falava

ⁱ Este texto reproduz quase integralmente a minha fala de agradecimento à homenagem que, por iniciativa (e trabalhadeira) do professor Artur Stamford da Faculdade de Direito do Recife, foi-me prestada na ocasião do IV Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABrasD), realizado em Recife, nos dias 11, 12 e 13 de novembro de 2013. A Artur, pela alegria que me deu, devo mais, bem mais, do que um Obrigado!

em dupla, tripla jornada de trabalho, mas era isso. Pai distante, mãe resignada – como era comum naquele tempo. Como veem, nada de excepcional. Diferentemente do herói (ou anti-herói...) de Machado de Assis, nunca meu pai, orgulhoso, ergueu-me no ar vaticinando um futuro radioso: “Um Cubas! Um Cubas!”

Talvez deva dizer, já que aquilo em que me tornei foi possível pelo meu amor aos livros – com quem sempre vivi agarrado –, que talvez a explicação para essa minha “vocação” resida no fato de ter sido neto do meu avô paterno, Florival de Oliveira – aquele de quem meu pai herdou a farmácia –, que foi uma porção de coisas na vida: farmacêutico, rábula, promotor, inspetor escolar, e que conheci já velho, aposentado, eternamente de pijama e lendo sem parar. Lia de tudo, do melhor e do pior. Na biblioteca enorme que deixei encontrei de Dante Alighieri a Karl May, um alemão autor de romances populares de faroeste, hoje justamente esquecido. Digo que foi importante porque aquela figura velha e bonita (fisicamente ele lembrava Mário Lago), que todos reverenciavam e chamavam de “Doutor Florival”, funcionou como um modelo com quem quis me identificar.

Minha formação educacional foi a mais convencional do mundo em famílias interioranas como a minha. O primário e o ginásio em Itabaiana, e o clássico em Aracaju. É assim que era dividido o estudo na época. Depois de terminado o ginásio, havia o científico para os que queriam fazer medicina, química, engenharia, e o clássico, para quem ia para direito, serviço social etc. Eu ainda comecei o científico e, por incrível que pareça, até que não era mau em física! Mas como gostava mesmo era de literatura, mudei para o clássico. Isso foi no Colégio Estadual de Sergipe (espécie de Ginásio Pernambucano de lá) o qual, embora público, era o que de melhor havia em Sergipe. O ginásio, como disse, foi em Itabaiana mesmo. Findo o clássico, fiz direito sem maior convicção, provavelmente porque era um curso de prestígio. Como avaliá-lo? As lembranças que eu tenho dessa época são acima de tudo lembranças afetivas de um tempo em que eu e meu grupo de amigos fazíamos, como estudantes, uma tímida resistência ao regime militar: jornal mural,

panfletos, essas coisas. Uma vida de estudante meio boêmia... aquelas cervejadas que entravam madrugada adentro quando os mais afoitos começavam a cantar “Pra não dizer que não falei de flores” de Geraldo Vandré. Acreditem: isso já foi proibido no Brasil.

Sobre o curso que fiz, uma impressão geral que tenho da faculdade daquele tempo é a de que era uma espécie de clube inglês, onde os “sócios” iam de manhã dar aulas e, entre uma e outra, ficavam batendo papo, fazendo fofoca e discutindo os processos que os ocupariam no verdadeiro trabalho, à tarde, no fórum. Eram quase todos juizes, desembargadores, promotores e advogados bem sucedidos, para os quais certamente os vencimentos como professor não importavam e tinham aquilo mais como um título de prestígio e um *hobby* do que propriamente como uma profissão.

Aos trancos e barrancos, formei-me em 1976. Era bacharel em ciências jurídicas e sociais. A experiência como advogado, isto é, como advogado liberal, foi péssima. Eu realmente não tinha vocação para aquilo. Aquele ambiente de fórum, “ilustre colega” pra cá, “grande jurista” pra lá, aquele negócio de “data venia” o tempo todo, não dava para mim. Mas deixando de lado esse problema de temperamento, havia também uma coisa muito desagradável, perversa mesmo, que era aquela promiscuidade entre ofício público e remuneração privada, herança dos tempos em que os cargos públicos eram explorados por particulares, o que fazia com que o advogado, isto é, a parte, tivesse de pagar as citações e diligências diretamente ao funcionário da justiça. Havia as tabelas oficiais, lógico, mas ninguém dava bola para aquilo. Então, para fazer uma citação, o oficial vinha com aquela conversa tipicamente brasileira, “Doutor, o homem mora longe, vou ter que pegar um taxi...” Era a institucionalização da corrupção. Não sei hoje em dia como andam essas coisas. Espero que tenham melhorado. Ademais, independentemente disso havia também minha própria dificuldade em ter um comportamento de profissional liberal. Saber cobrar um preço pelo meu trabalho, por exemplo, sempre tive uma dificuldade insuperável em fazer isso.

Mas, por incrível que pareça, àquela altura eu

tinha me tornado um razoável profissional de direito. Como? Para falar a verdade, eu sempre fui um mau aluno. Mas no último ano e meio de curso eu até que aprendi bastante direito, não na faculdade, mas num estágio que fiz na assessoria jurídica do Banco do Nordeste. Foi lá que aprendi alguma coisa. A princípio o trabalho dos estagiários era ler o diário oficial para acompanhar as ações de interesse do banco e fazer pesquisa doutrinária e jurisprudencial para municiar os advogados nas petições e pareceres. Aos poucos, como sempre gostei dessa coisa de pesquisar e escrever, comecei a construir arrazoados que acompanhavam o material que tinha pesquisado. Daí a pouco eu estava fazendo minutas de pareceres, e depois, os próprios pareceres! Em resumo, me tornei um razoável parecerista. Mas o ano (era o ano de 1976) terminou, e com ele acabou-se o que era doce. Formei-me e me vi sem estágio, obrigado a me virar como advogado.

Como era comum naquele tempo para quem, como eu, não tinha uma família com banca instalada na praça, juntei-me a alguns colegas que já tinham um escritório. Aí era o que aparecesse: usucapião, inventário, desquite... até cobrança de cheque sem fundo! Só do crime não me ocupava. A ideia de fazer um júri, por exemplo, nunca me passou pela cabeça. Na verdade, faltava-me vocação e ânimo para investir naquela carreira. Andava chateado, até pensando em abandonar simplesmente o direito, fazer um concurso público em qualquer coisa, Caixa Econômica, Banco do Brasil, Petrobrás... qualquer coisa.

Quando, um belo dia, um ex-colega de faculdade me procurou em casa convidando-me para ir trabalhar com ele numa repartição da Secretaria de Indústria e Comércio do Estado de Sergipe. Fiquei até surpreso, porque ele tinha sido um daqueles alunos bem certinhos, de saber os prazos recursais na ponta da língua (o que então se chamava de C.D.F.), enquanto eu pertencia ao grupo dos “esquerdistas”, que nada queriam com o direito. Foi o pessoal do Banco do Nordeste quem lhe recomendou o meu nome. Não pensei duas vezes. Afinal, o novo trabalho, além de me assegurar uma remuneração boa e certa, era o tipo de advocacia que eu, se não amava, pelo menos

suportava: elaborar contratos, dar pareceres etc. Isso foi num domingo. Já na segunda informei aos meus sócios minha decisão de deixar o escritório. Foi ótimo para todo mundo. Algum tempo depois o colega que me convidara afastou-se da Secretaria para ser promotor público e eis-me promovido ao cargo que era seu: o de assessor jurídico do órgão. Nisso passei os anos de 1978 e 1979. Até que, em 1980, larguei tudo e vim para o Recife, fazer um mestrado.

Mas por que decidi largar uma vida que estava tão arrumadinha na burocracia do Estado de Sergipe e partir para um novo destino? Simplificando bastante, eu estava um tanto farto de viver elaborando pareceres que terminavam sempre com a fórmula clássica: “salvo melhor juízo”. Na faculdade nós tínhamos inquietações intelectuais e políticas que iam além do direito. Refiro-me ao grupo de contestadores a que eu pertencia. Evidentemente, éramos todos marxistas. Era um marxismo de manual, mas tudo bem. Então eu diria que a tendência intelectual mais natural para quem era marxista não era o direito, mas a sociologia. A minha intenção, justamente, era fazer um mestrado em sociologia e voltar para ingressar na universidade nessa área, não na área do direito. Tanto que, quando vim embora, pedi uma licença para tratar de interesses particulares sem remuneração. Fui viver de bolsa e de umas economias que tinha feito, justamente já pensando nisso.

O meu mestrado não foi em direito, mas em sociologia. A definição por sociologia foi feita conscientemente por mim. Mas a especificidade, isto é, sociologia *jurídica*, ou do direito, se vocês preferirem, foi um golpe de sorte – mais um na minha vida.

Acontece que o mestrado para onde fui tinha uma área de concentração em sociologia jurídica. Isso porque havia lá, na época, dois sociólogos do direito muito importantes: Cláudio Souto e Joaquim Falcão. Mas eu não sabia de nada disso. O que eu conhecia de sociologia era, repito, marxismo. Praticamente só. Talvez eu já tivesse ouvido falar muito vagamente em nomes como Weber e Durkheim, mas nada conhecia deles. E o que eu pretendia fazer, ao vir para cá, era aplicar o marxismo ao direito, como se estivesse

inventando algo novo, imaginem. De sociologia jurídica eu não sabia nada.

E aí encontro os dois. E os dois eram a sociologia jurídica recifense. E sem dúvida o que de melhor havia em termos de sociologia jurídica no Brasil. Cláudio era um nome famoso. Pensando na disciplina em termos de pesquisa empírica, era praticamente o seu fundador no Brasil. Já no começo dos anos 60, ele havia feito pesquisas empíricas para subsidiar uma legislação estadual sobre reforma agrária. Aí veio o fatídico ano de 1964 e seu trabalho de sociólogo reformador foi interrompido. Mas Cláudio, que era socialista cristão (não sei se ainda é socialista; cristão, certamente!), sempre teve uma vocação para a teoria sociológica e terminou assumindo essa vocação e voltando-se para temas como sentimento e ideia de justiça, encarados numa perspectiva bem teórico-formal. Ele sempre foi preocupado em construir uma teoria mais geral sobre o direito, a justiça e o próprio social. Para um marxista como eu, era tudo muito abstrato. Já Joaquim trabalhava com coisas mais próximas de minhas preocupações. Na época ele pesquisava conflitos entre proprietários de terras e invasores urbanos no Recife. Essa coisa que num país como o Brasil continua atualíssima. Ele estava interessado em ver como o judiciário, os proprietários, os ocupantes e o Estado agiam nessas ocasiões. Quais as estratégias jurídicas para resolver, nos marcos de um direito civil e processual privatístico, conflitos que eram coletivos?

Terminei afinando-me intelectualmente mais com Joaquim. O mais engraçado é que, de início, o meu orientador era Cláudio. Como eu não conhecia nenhum dos dois quando cheguei, o coordenador do mestrado, *ex-officio*, designou Cláudio como meu orientador. Mas, com o passar do tempo, eu comecei a ver que o meu negócio era mais com Joaquim e Cláudio também sentiu isso. Tanto que, num determinado momento, muito elegantemente, deixou-me completamente à vontade para mudar de orientador, se quisesse. Eu quis. E fui ser orientando de Joaquim.

Virei “menino de Joaquim”. Que era uma pessoa muito dinâmica e empreendedora. Vivia viajando, e eu comecei a dar aulas de sociologia

a seus alunos de direito nas suas ausências. Ele também tinha fundado um grupo de trabalho na ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). O grupo se chamava Direito e Sociedade, e reunia gente de todo o país. O pessoal de Warat em Santa Catarina, o pessoal de José Eduardo Faria em São Paulo, o pessoal de Roberto Lyra Filho em Brasília, tinha também Miranda Rosa do Rio de Janeiro – e por aí vai, ou ia...

Em 1981, no meu segundo ano no Recife, Joaquim me leva para uma dessas reuniões e, como seu mandato de coordenador estava terminando, indica-me seu sucessor! Todo mundo, lógico, votou no meu nome e eu, um ilustríssimo desconhecido, tornei-me uma alta autoridade nas instâncias institucionais da sociologia jurídica brasileira – mais num lance de sorte! Já estava de bom tamanho, não? Mas tem mais.

Quando vim para o Recife, a minha intenção era passar aqui apenas dois anos. Pelos meus cálculos, era o tempo suficiente para fazer os créditos, fazer a pesquisa e voltar para escrever a tese em Aracaju. Só que, algum tempo antes de escoar-se o prazo, Joaquim tinha sido convidado pela Fundação Joaquim Nabuco para fundar um Departamento de Ciência Política, e ficou nas duas instituições, a Universidade e a Fundaj. E aí, quando eu já estava fazendo minha pesquisa de campo e até me preparando para voltar para Aracaju, ele me convidou para ir trabalhar com ele na Fundação. Entre lisonjeado e temeroso, aceitei. E foi assim que me radiquei “definitivamente” no Recife.

Joaquim tinha formado um time dele. Éramos eu, Alexandrina Moura e Affonso Pereira. Os dois últimos também tinham formação jurídica e tinham trabalhado com ele na pesquisa sobre invasões urbanas. Ou seja: o Departamento de Ciência Política terminou tendo, na prática, um perfil preponderante de Departamento de Sociologia Jurídica. Logo depois Alexandrina foi para os Estados Unidos fazer um doutorado com David Trubek e ficamos, eu e Affonso, tocando as pesquisas sociojurídicas.

O que dizer dessa “escola pernambucana” da sociologia jurídica – como uma vez um

pesquisador a descreveu? É sempre um tanto complicado falar em “escola”. Nesse caso, os trabalhos dos seus supostos integrantes eram muito diferentes. Entre mim e Cláudio, por exemplo, há diferenças significativas. Como talvez saibam, a dissertação de mestrado que acabei fazendo foi sobre práticas judiciárias exercitadas por comissários de polícia no Recife, resolvendo pequenos casos das classes populares sem acesso ao judiciário oficial. A tese se chamou *Sua Excelência o Comissário*, e é até hoje o meu trabalho mais conhecido. Fiz o que os antropólogos chamam de uma etnografia desses julgamentos, descrevendo as partes, seus argumentos, a linguagem por eles utilizada etc. Para Cláudio, sempre interessado em leis gerais do social, tudo isso é muito pouco rigoroso em termos científicos. O que não impede que tenhamos tido e tenhamos até hoje valiosas relações pessoais. Eu nutro por ele um sentimento próximo do afeto filial, que deve ser recíproco, aliás. Mas, em termos de paradigmas, eu com meu marxismo, ele com seu cristianismo, estávamos bem distantes um do outro. Como eu costumava brincar com ele, “nossos santos são diferentes”.

Mas e a “escola recifense”, finalmente, existiu? Eu acho que é possível dizer que sim, se abstrairmos as diversas orientações substantivas das pessoas que a fizeram e atentarmos para um aspecto, digamos, procedimental, pelo qual é possível nos aproximar numa mesma tendência: a busca de uma base empírica para o nosso trabalho. Eu posso dizer que isso nos distinguia, por exemplo, de Santa Catarina, com o movimento “crítica do direito”, de inspiração marxista, e nomes então reluzentes como o de Michel Miaille, Althusser e outros, os quais, via Santa Catarina, entraram no mundo da crítica jurídica brasileira. O movimento do sul fazia uma crítica de certa forma radical ao direito, mas uma crítica teórica, sem contato com a pesquisa empírica, coisa que era vista (mal vista, na verdade) como “empiricismo”.

Eu sei que estou simplificando, *ma non troppo!* Porque essa perspectiva “crítica” analisava o direito em termos de fetichismo, procurando desnudá-lo. Ora, nesse caso, trabalhos como o

de Joaquim, vendo nas ocupações uma forma de aquisição da propriedade, ou o meu, onde se trata do problema do acesso à justiça, são trabalhos que, digamos assim, rendem-se ao fetichismo do direito. Eu, até por minha formação marxista, tinha consciência sim dessa dimensão profundamente ideológica do direito. E ainda tenho, aliás. Mas e daí? Pode-se viver fora da ideologia? Como disse o próprio Althusser no seu famosíssimo *Aparelhos Ideológicos de Estado*, a ideologia é eterna!

Mas, se é assim, passar a vida toda desnudando-a termina sendo um exercício repetitivo, monótono, óbvio e... inútil! Além disso, termina-se ficando só no que Althusser chamava de “trabalho teórico”. Não se mete a mão na massa. Termina sendo um bom alibi para não se fazer pesquisa empírica, que dá muito mais trabalho. Pois então. Enquanto o pessoal lá em Santa Catarina lia Miaille, Althusser, Barthes e outros, Joaquim (que tinha e me emprestou o livro de Miaille, aliás) passou-me de preferência autores americanos como Laura Nader, Donald Black, David Trubek. Tudo “empiricista”! Mas também foi por meio dele que conheci o trabalho de Boaventura Santos, um autor marxista, mas que tinha feito uma pesquisa empírica numa favela do Rio de Janeiro estudando um sistema jurídico local operado pela associação de moradores, a que ele deu o nome de “direito de Pasárgada”, e que, depois, tornou-se a maior referência teórica da sociologia jurídica brasileira dos anos 80. Bem, a escola pernambucana de sociologia jurídica, se existiu, era isso que a caracterizava: o pejorativamente chamado “desvio empiricista”.

Mas volto à Fundaj e à equipe que então formamos – sobretudo, com a ida de Alexandrina para os Estados Unidos, eu e Affonso Pereira. Findo o meu trabalho sobre os comissários, trabalhamos juntos em uma pesquisa sobre conflitos coletivos e acesso ao judiciário. Dela resultou um livro, *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*, editado pela própria Fundaj com o patrocínio da OAB-PE, que passou completamente despercebido. A pesquisa tinha algo da perspectiva daquela de Joaquim sobre as invasões – ou, como se diz hoje, ocupações. Ou seja: conflitos coletivos para os quais o sistema

jurídico, estribado em bases privatísticas, não tinha respostas satisfatórias. Só que dessa vez eram temas ideologicamente menos quentes, digamos. Nós pegamos dois tipos de conflito, ecológicos e de consumidores, e fomos verificar a adequação ou não do direito processual para resolvê-los.

Lógico que verificamos a inadequação. Mas, para chegar a essa verificação, construímos uma tipologia de conflitos baseada nas suas características reais: quais eram os mais numerosos, quem eram os infratores, quantas pessoas estavam envolvidas como vítimas etc. E aí nos deparamos com dados que nos levavam a certas conclusões interessantes. Por exemplo: a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na solvência do devedor, não serve para tratar o conflito ecológico porque, hoje em dia, com os processos produtivos potencialmente danosos que temos, qualquer fabriqueta cujos bens valham, digamos, 500 mil reais, pode despejar uma porcaria num rio e causar um dano a 500 mil pessoas! Mesmo que seus donos sejam pessoas honestas e queiram pagar o prejuízo (hipótese apenas para argumentar, como se sabe...), eles não poderão fazê-lo. Então tem que se pensar em controle prévio das atividades industriais, em processos administrativos abertos às associações ecológicas e de consumidores para intervir no procedimento de licenciamento da atividade, por exemplo. E também na representação judicial por intermédio dessas associações e do Ministério Público.

Lógico, a pesquisa está datada. Ela foi feita em 1984, e desde então houve mudanças processuais no sentido da necessidade que tínhamos detectado, inclusive a Lei da Ação Civil Pública. Mas isso é só para dar um exemplo do tipo de trabalho que fazíamos, e também para mostrar ao jurista o tipo de trabalho que lhe pode servir, que eventualmente ele mesmo pode fazer. Não se trata de nenhuma pesquisa sociológica sofisticada, com métodos avançados de sociologia. É mais um aporte de dados sociológicos a um trabalho que é, em sua essência, jurídico, destinado a finalidades práticas. Seria ótimo que os juristas adotassem posturas desse tipo, incorporassem algo da *démarche* sociológica, no sentido de uma

argumentação baseada em dados demonstráveis, deixando de lado aquela forma de discutir baseada em argumentos de autoridade do tipo “como preleciona magistralmente o insigne...” e por aí vai.

Vejam bem: não é transformar o direito numa ciência social. Eu francamente não acredito nisso. Mas é que o direito no Brasil continua sendo tratado com base nessa forma pré-moderna de argumentar, onde os autores são ícones. Eu ainda me lembro do meu professor de Introdução à Ciência do Direito, que se referia ao autor do nosso código civil como “sábio e santo, santo e sábio Clóvis Bevilácqua”... Ele mesmo, e isso sem nenhuma intenção irônica, tratava Tobias Barreto de “Himalaia da cultura jurídica brasileira”! É evidente que não está em discussão nem a sabedoria de Clóvis nem a cultura jurídica de Tobias. Mas tratá-los de santo, de Himalaia... Essa não é uma questão meramente estilística, vejam bem. No caso (como sempre, aliás), o estilo é portador de um conteúdo. Eu acho que essa nossa retórica, onde todo mundo é benfeitor da humanidade, tem a ver com algo mais profundo na formação brasileira. A nossa história é toda feita de conciliações superficiais que mascaram e não resolvem os nossos conflitos fundamentais. Nós temos horror do confronto. De alto a baixo. Todo mundo é amigo de todo mundo e ninguém critica ninguém. Fala mal, mas pelas costas, o que é outra coisa. Na cara, não, até porque aqui se confunde crítica com ofensa pessoal.

Mas avancemos um pouco porque, como dizia Cazusa, o tempo não para! Da Fundaj fui para a França, fazer meu doutorado, que não foi em ciência política. Foi, formalmente falando, outra vez em sociologia. Só que o meu orientador, Claude Lefort, nunca foi sociólogo. Que eu saiba, nunca fez uma pesquisa sociológica na vida. Era (porque já faleceu) um filósofo da política, e a minha tese de doutorado, que não deixa de ter uma parte sociológica, acho que seria melhor classificá-la como sendo em filosofia política. Mas por que Lefort como orientador?

Antes é preciso que eu diga que a minha tese foi sobre os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil. Como já disse, eu vinha de uma formação basicamente marxista.

Ora, dentro dessa tradição, o direito é uma superestrutura ideológica destinada, aliás, a desaparecer um dia numa sociedade comunista reconciliada, onde todo mundo vai viver fraternalmente. Nesse caso, a reflexão sobre o direito é mais uma reflexão contra o direito. E os direitos humanos entram de roldão nessa crítica. Ora, mesmo tendo vindo fazer o mestrado no Recife com a ideia muito vaga de analisar o direito a partir do marxismo, eu comecei a alimentar uma pulga atrás da orelha assim que comecei a ler, a sério, sobre o assunto. Porque nós, nós que vivemos sob a ditadura militar, sabemos muito bem a importância prática que tem o respeito aos direitos humanos, porque nós vimos, e alguns de nós até sentiu na pele, o que é viver num regime que os desrespeita. Explico-me.

No longínquo ano de 1976, ano em que me formei, passei uma semana de horror, com medo de ser preso e torturado para confessar sabe lá Deus o quê! Oito dias antes do carnaval daquele ano, no fim da tarde de uma inesquecível sexta-feira, alguns colegas da faculdade e conhecidos dos meios políticos e sindicais começaram a “desaparecer”. Passaram pelo calvário hoje em dia tão conhecido: incomunicabilidade, capuz e choque elétrico. Tinham sido presos pelas forças de segurança do regime militar que já começava a se desagregar, mas ainda tinha força e ferocidade bastantes para tais ignomínias. Todos eles foram torturados durante um longo, longuíssimo, fim de semana nas dependências do 28º Batalhão de Caçadores sediado em Aracaju. Quando reapareceram, todos tinham marcas de tortura. (Um deles, Milton Coelho da Graça, sindicalista da Petrobrás, ficou cego como sequela dessas torturas.)

Ora, já no Recife, fazendo o meu mestrado, quando comecei a ler mais sistematicamente o que o marxismo dizia sobre o direito, comecei a achar que suas análises eram insuficientes. Foi quando li Marx a sério, e até flertei com a ideia de fazer uma tese teórica sobre essa questão, ideia que não levei adiante – desincentivado, aliás, pelo próprio Joaquim, que sempre investiu numa sociologia de base empírica, como terminou sendo o caso da minha dissertação de mestrado sobre *Sua Excelência o Comissário*. Mas

a intenção de fazer um trabalho sobre marxismo e direitos humanos ficou sempre gotejando na minha cabeça.

Vai daí que, um dia, já concluído o mestrado e procurando ideias para o doutorado, li um texto de Claude Lefort, “Direitos do Homem e Política”, que na época, naquele momento de reinvenção da democracia entre nós, foi muito lido no Brasil. Quando li o texto, tomei um choque. Lefort fazia uma leitura crítica da crítica marxista do direito e dizia coisas que eu também tinha pensado. Pronto, a escolha estava feita. O resto foi incrivelmente fácil. Escrevi-lhe uma carta expondo genericamente o que queria fazer, consultando-o sobre a possibilidade de ser meu orientador. Ele prontamente respondeu, aceitando-me. E fui fazer meu doutorado. Em setembro de 1986, eu e minha pequena família – Bebê, então minha esposa, e nossa filhinha Júlia – partimos para a França.

Em 1º de abril de 1991, desembarquei no aeroporto dos Guararapes com a tese defendida. Ela se chama *Imagens da Democracia*, e tem por subtítulo: *Os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil*. Passei um tempão procurando publicá-la numa grande editora. Não consegui. A Brasiliense, depois de muitas idas e vindas, encomendou-me um trabalho menor. Lá publiquei, em 1994, um livrinho pela coleção *Tudo é História*, chamado *Do Nunca Mais ao Eterno Retorno – Uma reflexão sobre a tortura*, reeditado em 2009. A tese, terminei publicando-a numa pequena editora recifense, que nem existe mais, praticamente uma edição do autor. A circulação, claro, foi muito restrita. Nela faço uma análise de como o tema dos direitos humanos, inexistente e até menosprezado como ideologia pequeno-burguesa na cultura política marxista, passa a ser incorporado pelo pensamento político de esquerda depois do choque que foram as brutais violações desses direitos durante o regime militar.

De volta do doutorado, reintegrei-me à Fundaj, mas o núcleo informal de sociologia jurídica que tínhamos ali tinha praticamente desaparecido. Joaquim Falcão, seu fundador, há muito tempo tinha deixado a Fundaj e o Recife, indo estabelecer-se definitivamente no Rio de Janeiro,

de onde era oriundo. Alexandrina Moura, que tinha assumido a chefia do Departamento em seu lugar, terminou assumindo um perfil de cientista política. E Affonso Pereira, meu companheiro de pesquisas, que se havia tornado meu amigo mais íntimo, tinha simplesmente abandonado a pesquisa! Assumiu cargos administrativos na Fundaj e fez um percurso inverso ao meu: voltou ao direito. Explicando sua decisão, certa vez ele me disse: “O sociólogo quer transformar o mundo, mas não transforma. O juiz não quer transformar o mundo, mas transforma alguma coisa quando dá uma sentença”. Eu brinco com ele, dizendo que isso é um *álibi* que ele inventou para justificar sua deserção. Mas reconheço que tem uma boa dose de verdade no que ele diz. O diabo é que a sentença de um juiz pode também transformar o mundo para pior...

Foi por essa época que comecei a dar aula, em regime de cooperação, no mestrado em ciência política da Universidade Federal de Pernambuco, para onde fui paulatinamente me mudando. Como e por quê? Mais uma vez, a sorte! Naqueles anos – início dos anos 90 do século que passou –, o mestrado em ciência política (hoje o bem sucedido Programa de Pós-Graduação em Ciência Política) estava para fechar as portas. Motivo: falta de doutores em número suficiente para atender às exigências da Capes. Sua nota estava lá embaixo e a própria reitoria da UFPE já pensava na possibilidade do fechamento. Seu coordenador era Robinson Cavalcanti – que tinha apenas o título de mestre. Como os que são daqui sabem, Robinson, um homem cristão e portanto emissário de paz, foi morto há cerca de dois anos de forma violenta e no contexto de uma tragédia familiar. Mas passemos.

Robinson me convidou – a mim e a um colega da Fundaj, também recém-doutor – a nos integrarmos ao Programa, livrando-o assim da degola. Fomos. Foi então pela mão de Robinson Cavalcanti e pelos dons que eram seus, de diplomata sorridente e simpático, que, recém-chegado do doutorado no exterior e com um diploma novinho em folha, fui parar lá na Ciência Política, cumulando as novas funções de professor com minhas obrigações de pesquisador da Fundaj. E o Mestrado em Ciência Política foi

salvo. Mas para não parecer bonzinho e angélico nesse meu relato de salvação daquele Programa, permitam-me aduzir que meu gesto não foi inteiramente desinteressado. Havia da parte de Robinson a promessa – feita a mim e ao colega que comigo foi – de que, assim que possível, seria feito um concurso para nos incorporar à Universidade. A promessa foi cumprida. Assim que surgiu a ocasião, fiz um concurso preparado à minha feição – mais uma sorte? – e mudei-me para lá, onde fiquei na ativa até o ano passado e onde, de certa forma, ainda me sinto estando até hoje.

Aqui sucedeu algo curioso. Desde que parti para fazer meu doutorado sobre direitos humanos e pensamento político de esquerda no Brasil, e depois, já de volta, com o fim virtual do nosso núcleo informal de sociologia jurídica no Departamento de Ciência Política da Fundaj, tinham praticamente cessado minhas ligações com a sociologia do direito. Até meus interesses intelectuais tinham mudado. Lembro que durante algum tempo, nesse período, dediquei minhas leituras a uma filósofa da política, Hannah Arendt, a ela levado pela descoberta, na França – onde fiz meu doutorado –, do olhar fenomenológico sobre o mundo e o fenômeno político. Praticamente nada mais tinha a ver com uma “sociologia de resultados” – aquela da minha pesquisa sobre os comissários e minha e de Affonso sobre os conflitos coletivos. E aí...

Ocorre que, mesmo tendo entrado na UFPE por meio e sob os auspícios da pós-graduação em ciência política, formalmente falando eu fiz um concurso para o Departamento de Ciências Sociais, o que obviamente implicava obrigações docentes que não se restringiam à pós-graduação. Ora, por uma série de razões que não vem ao caso detalhar, a disciplina sociologia jurídica, por ser *sociologia*, e mesmo sendo ministrada na Faculdade de Direito, era então assegurada pelo departamento onde tinha acabado de entrar. E aí, por força do meu passado – de minha formação em direito, de minhas ligações com Cláudio Souto e Joaquim Falcão, entre outros –, eis-me designado para ministrá-la. O que fiz a partir do ano letivo de 1994 até o ano passado, quando me aposentei. Voltei ao antigo aprisco. Como veem,

a sorte continuava me perseguindo.

Foi no contexto dessa volta que voltei a antigas questões. O movimento “crítica do direito”, por exemplo, tinha sido substituído, pelo menos em termos de denominação, pelo movimento do direito alternativo, muito ativo e professado naqueles anos. E aí, voltando a adotar o “desvio empiricista” de uma década antes, pus as unhas de fora e entrei no debate. Comecei por escrever um artigo bem simples – *Ilegalidade e Direito Alternativo* –, que teve uma audiência inesperada, mesmo por parte dos “alternativistas”. Nele procurei exercitar um “bom-senso empírico” que via faltar nas formulações dos teóricos do direito alternativo. Na verdade, apesar das críticas que eles gostavam de fazer ao idealismo dos juristas tradicionais, que escreviam desconectados da realidade, eu acho que eles também eram idealistas. Estou utilizando essa palavra não no sentido corrente, que considera idealista aquele que tem um ideal (nesse sentido eu também sou um idealista), mas no seu sentido técnico, ligado à filosofia do conhecimento, que significa a interposição, entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido, de uma ideia normativa sobre a realidade.

Que ideia? A de que o povo, as classes populares são portadoras de uma concepção de justiça mais justa, igualitária e libertadora do que a concepção de justiça do direito oficial. Tenho minhas dúvidas. Não é que isso não possa acontecer. É que, em primeiro lugar, isso não ocorre necessariamente. E, em segundo lugar, que isso não se aplica a todas as áreas da juridicidade. Reconheço, lógico, que algumas ações dos movimentos populares trazem consigo uma concepção desse tipo de direito mais justo. Por exemplo, as ações dos sem-terra, dos sem-teto e assim por diante. Essas ações são, até por definição, contra o direito de propriedade inscrito no Código Civil. E, até por razões estratégicas, coletivas. Mas isso não transforma os seus atores em coletivistas.

Acho que esses equívocos são em parte fruto de uma leitura muito idealista do “direito de Pasárgada” detectado por Boaventura Santos. Esse trabalho tornou-se uma espécie de paradigma do direito alternativo. Mas será

que as pessoas leram-no direito? O “direito de Pasárgada” que emerge entre os favelados não é parte de um projeto de mudança da sociedade, é apenas uma estratégia de sobrevivência de pessoas pobres que, sem o título de propriedade do chão onde habitam e sem acesso ao judiciário oficial, inventam uma forma local de resolução dos conflitos ligados à posse da terra. E o direito que eles aplicam entre si reproduz, em linhas gerais, o direito oficial. E Boaventura diz isso. As pessoas compram e vendem os barracos, alugam, brigam por questões de vizinhança etc. Tudo mais ou menos igual ao que ocorre no mundo burguês circundante. Eu costumo dizer que os pobres são normais... ou seja: são como nós!

Aqui adentro rapidamente a questão do que seria um ensino jurídico crítico, tão recorrentemente reivindicado pelos alternativistas. O que seria esse ensino crítico? Um ensino para formar juristas que fossem críticos das iniquidades da nossa sociedade? Estou de acordo. Mas, nesse caso, lembro que não é só o jurista que deve ser crítico, também o economista, o médico etc. Agora, antes de tudo, o médico deve ser um bom médico, conhecer bem medicina, como o jurista deve antes de tudo conhecer bem o ordenamento jurídico, saber operá-lo com competência técnica.

Não, não se assustem, não virei um horroroso reacionário, embora até pareça, reconheço. O que estou querendo dizer é que não adianta, por exemplo, o camarada ser um advogado progressista e não saber fazer uma petição bem feita. Então, é basicamente para aprender “direito” *direito*, se me posso permitir o jogo de palavras, que o sujeito vem para uma faculdade de direito. Mas, na verdade, não é só isso que estou querendo dizer. Estou também pensando num nível, digamos assim, epistemológico. Eu tenho certas dúvidas a respeito do que seria um ensino crítico do direito. Ou, dizendo melhor, porque as duas coisas não são idênticas, tenho dúvidas sobre o que seria um direito crítico... Deixem-me explicar melhor.

Meu antigo orientador Joaquim Falcão colocou, certa feita, a seguinte questão (estou citando de memória): “se a medicina é uma ciência a favor da saúde, por que o direito não

seria uma ciência a favor da justiça?” A frase é ótima. Mas acho que ela é problemática. Em primeiro lugar, a analogia não é perfeita porque a saúde e a justiça não estão num mesmo patamar de consenso. Estou querendo dizer o seguinte: todos nós sabemos o que é a saúde. E assim todos nós queremos a mesma coisa, correto? Mas a justiça, nós não sabemos direito o que é, e assim não queremos a mesma justiça. As sociedades democráticas, aliás, como diria outro mestre meu, Claude Lefort, alimentam-se permanentemente do debate sobre o que é justo e o que não é. Então, nessas sociedades, a existência do conflito é legítima. O direito, aqui entendido como ordenamento jurídico, é apenas uma série de prescrições que dizem como, em determinado momento histórico, esses conflitos devem ser resolvidos. E ele próprio, por seu lado, está também sujeito permanentemente a esse debate, por isso está mudando o tempo todo, num movimento incessante e sem fim.

Ora, nessas condições, é difícil conceber o que seria o verdadeiro direito, o direito justo, um direito crítico da injustiça existente na sociedade e cuja aplicação estaria a cargo dos juristas formados num ensino diferente, crítico. Não apenas é teoricamente difícil conceber que prescrições conteria esse direito, como isso se chocaria com o princípio democrático da legitimidade do debate sobre o que é legítimo e o que não é. Raciocinemos em termos empíricos, como eu gosto de dizer. Como todos sabem, nós vivemos em sociedades divididas em classes. E a luta de classes está em toda parte. Muito bem. Mas como as sociedades em que vivemos não são apenas conflituosas, são também democráticas, as lutas de classes são, por assim dizer, legítimas. E o direito, entre outras coisas, é um instrumento de administração dessas lutas. Sejam francos: o direito não existe para acabar com elas. Existe para administrá-las, isto é, domesticá-las.

Nesse caso, puxando o debate para o nível empírico, um conflito entre patrões e empregados que desemboque no judiciário vai exigir que as duas partes estejam representadas. Vai ter que ter o advogado dos explorados e o advogado dos exploradores. O primeiro pode, e aliás deve, ser um advogado “crítico”. Mas e o segundo? Vai ser

crítico também da ordem burguesa injusta? Na sua contestação vai dizer que o seu cliente é um explorador? Se fizer isso, o patrão o destituirá e chamará outro. Além disso, estará cometendo uma infração ao próprio ordenamento, o chamado “patrocínio infiel” – não é isso?

Isso dito, que fique bem clara uma coisa: do fato de que aceito de um modo geral a visão lefortiana da legitimidade dos conflitos nas sociedades democráticas, não se segue que considero (nem acho que Lefort considerasse, aliás) todos os conflitos, num mesmo momento histórico, igualmente legítimos. Dito de uma maneira mais precisa, que considero todas as pretensões em conflito igualmente empatadas em termos de justiça. Não! Todas as opiniões não se equivalem. De forma alguma passa pela minha cabeça tal relativismo. A sociedade não é um amontoado de mônadas soltas e de valores sem sentido, todos valendo a mesma coisa como se fossem marcas de sabonete num supermercado. Isso não é verdade. E não estou simplesmente expressando uma opinião pessoal. Quando digo que isso não é verdade, estou me referindo a um dado objetivo. Ou seja: objetivamente falando, não é verdade que todas as opiniões se equivalem porque existem certas coisas que as pessoas consideram mais certas do que outras, para falar de um modo bem simples. Como diria Cláudio Souto, não se pode chamar de direito aquilo que está errado. Existe, em alguma medida, hierarquia nos valores.

Imaginemos um conflito opondo camponeses miseráveis sem terra e o proprietário de uma fazenda improdutiva do tamanho da Bélgica, coisa que num país troncho como o Brasil é uma realidade. Eu não tenho dúvidas, e certamente a opinião pública brasileira também não tem, de que lado está a justiça. Mas, ainda aí, o nosso fazendeiro “belga” vai ter direito a ser representado na justiça, não? E eu garanto que vai aparecer mais advogado interessado em patrocinar a sua causa do que a dos camponeses miseráveis... E esse não vai ser um advogado “crítico”, vai ser dogmático, vai apelar para o que diz o Código Civil sobre a propriedade e seus modos de aquisição. Já o advogado dos camponeses vai ter de fazer uma construção teórica mais elaborada, vai ter de

convencer o juiz de que o Código Civil tem de se adequar à Constituição que prevê a função social da propriedade etc. Voltando à minha exigência inicial, vai ter de ser um advogado competente. Em suma, também um bom dogmático! Bem, acho que é tempo de concluir.

Volto à pergunta inicial: O que sou? Eu fui apresentado e homenageado como sendo sociólogo do direito. O título até que me cabe, sem dúvida. Mas eu não tenho uma dedicação permanente à sociologia jurídica como tem um Cláudio Souto, um Joaquim Falcão, uma Miriam de Sá Pereira da Universidade Católica de Pernambuco, ou uma Eliane Junqueira do Rio de Janeiro. Hoje, entre nós, creio que meu querido Artur Stamford da Silva está percorrendo esse caminho. Eu, de minha parte, sempre fui um errático.

Li, certa vez, ou creio que li, um epigrama atribuído a Bernard Shaw segundo o qual “a celebridade é uma série de equívocos em torno de uma pessoa”. Não que me ache (e, aliás, não sou) célebre. Mas, pelo menos nesta manhã estou curtindo esta fugaz celebridade que Artur, contando com a paciência de vocês, proporcionou-me. Mas me pergunto: até que ponto ela não tem um quê de equívoco? Juro que não estou sendo falsamente modesto – até porque toda modéstia é falsa. Estou pensando no que, em termos de sociologia jurídica, tenho feito nesses últimos vinte anos, desde que me tornei professor da disciplina nesta casa. Pensando numa sociologia jurídica de base empírica – como entendo que deve ser –, é verdade que dei minha contribuição. Mas isso, rigorosamente falando, deu-se na primeira metade dos anos 80 do século que passou! De lá para cá, o que fiz que fosse uma verdadeira contribuição para o campo?

A última pesquisa de que participei com esse caráter, praticamente deixei-a pela metade. Foi no final dos anos 90. Por iniciativa de Eliane Junqueira, iniciamos uma enquete de caráter nacional sobre o ensino da sociologia jurídica no Brasil. Recolhidos mais de uma centena de questionários que amealhamos via postal entre professores da matéria, vi-me presa de um fastio tão grande diante daquele calhamaço que resolvi

abandonar o barco. Eliane terminou fazendo sozinha a análise do material. Cheio de remorso, aceitei organizar com ela um seminário nacional na PUC-Rio, no ano de 2000, no qual talvez algum dos presentes tenha comparecido. E foi só.

Desde então, sobretudo nos últimos anos, terminei minha carreira dando aulas aqui nesta casa mais como uma obrigação do que como um prazer. Como tinha uma experiência acumulada, ligava o “piloto automático” e ficava esperando o fim do semestre. Lógico que não fiquei de braços cruzados todo esse tempo. Mas, como o errático que sou, fui sendo atraído por outros interesses (pensamento social brasileiro, por exemplo) e autores que, definitivamente, nunca foram sociólogos do direito: Claude Lefort, Hannah Arendt e, mais recentemente, Michel Foucault. Produzi e publiquei – até que bastante – e assumi cada vez mais minha vocação ensaística. O ensaio, afinal, permite-me, para citar outra vez Machado, “atar as duas pontas da vida”.

Quero com isso dizer que, no fundo, talvez eu seja simplesmente um literato não realizado. É a volta ao meu primeiro amor – intelectualmente falando, obviamente –, aquele que a gente nunca esquece. Da mesma maneira que qualquer garoto que joga futebol sonha em ser Pelé, eu já sonhei em ser José de Alencar, Érico Veríssimo, Guimarães Rosa, Machado de Assis, mas também Graciliano Ramos. Acho que esse amor à literatura também me ajudou a matizar desde cedo meu marxismo. Eu me lembro de discussões intelectuais com meus amigos marxistas, na Aracaju da minha juventude, adeptos do chamado “realismo socialista”, onde eu dizia, e não apenas para provocar, que Guimarães Rosa era o maior escritor brasileiro porque, como Deus, ele tinha criado um mundo que não existia antes da sua criação. E um “reacionário” como Machado de Assis? Com a maturidade, e agora às portas da velhice, minha admiração por ele só foi crescendo. Suas grandes obras, aquelas que vão de *Memórias Póstumas de Brás Cubas* a *Memorial de Aires*, escritas há mais de cem anos, não têm uma ruga! De vez em quando pego um desses livros e releio. O humor de Machado continua devastador. Meu amigo Fernando da

Mota Lima, numa fórmula feliz, qualifica-o de “humor dissolvente”. E Graciliano? Esse, sim, foi um Himalaia! Como explicar o milagre de um sujeito como ele, comerciante de tecidos em Palmeira dos Índios, interior das Alagoas, ter escrito no começo dos anos 30 do século que passou uma obra-prima irretocável como *São Bernardo*?... Paro por aqui.

A literatura foi e é importante na minha vida. Como literato frustrado, procuro sublimar-me no que escrevo, procurando tanto quanto possível fugir do jargão acadêmico. Sempre que posso, dou uma pitadinha de sal literário aos meus textos. E confesso que às vezes não fico tão descontente com o resultado final...

Do fundo do coração, muito obrigado!

1 DOUTRINA SOCIOJURÍDICA

INMANENCIA Y TRANCENDENCIA EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Aldo Mascareño¹

Sumario: Introducción. 2 Luhmann y Derrida como equivalentes funcionales. 3 Primer aprendizaje: la incompletitud del derecho como sistema autopoiético. 4 Segundo aprendizaje: no hay derecho fuera del derecho. 5 Tercer aprendizaje: facticidad de la norma. 6 Cuarto aprendizaje: derecho como estructura de promoción de conflictos. 7 Quinto aprendizaje: derecho de la sociedad mundial. 8 Conclusión. Referencias.

Resumo

Especialmente concepções filosóficas e teológicas pretenderam ver a construção do direito moderno como uma resposta às condições normativas transcendentales que definiriam suas formas e alcances. Por outro lado, a tarefa de uma sociologia do direito é entender como o direito se constitui de modo imanente e como, nessa constituição imanente, ele processa o sentido de transcendência no próprio direito. Por meio de revisão de teorias não fundacionalistas do direito (Luhmann, Derrida, Teubner), o artigo reconstrói o modo de operação do sistema jurídico e deriva cinco aprendizagens destas teorias para

¹ Aldo Mascareño es PhD en Sociología, Universidad de Bielefeld, Alemania. Actualmente es Profesor Titular de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, y Director del Centro de Investigación en Teoría Política y Social de la misma Universidad. Email: aldo.mascareno@uai.cl. Este artículo ha sido realizado con materiales de los proyectos Fondecyt n. 1110437 y 1140344.

a autoconcepção moderna do direito.

Palavras-chave: Direito. Justiça. Sistema jurídico. Direito global. Sociedade mundial.

Resumen

Especialmente concepciones filosóficas y teológicas hay pretendido ver la construcción del derecho moderno como una respuesta a condiciones normativas trascendentes que definirían sus forma y alcances. En cambio, la tarea de una sociología del derecho es entender cómo el derecho se constituye de modo inmanente, y cómo en esa constitución inmanente procesa el sentido de trascendencia en el derecho mismo. Por medio de la revisión de teorías no fundacionalistas del derecho (Luhmann, Derrida, Teubner), el artículo reconstruye el modo de operación del sistema jurídico y deriva cinco aprendizajes de estas teorías para la autoconcepción moderna del derecho.

Palabras clave: Derecho. Justicia. Sistema jurídico. Derecho global. Sociedad mundial.

Abstract

Particularly philosophical and theological worldviews aimed to observe the construction of modern law as an answer to transcendent normative conditionings that define its form and outreach. On the contrary, the purpose of the sociology of law is to understand how law constitutes itself in an immanent fashion, and how this constitution processes transcendence in the law system. By revising non-foundationalist theories of law (Luhmann, Derrida, Teubner), the article reconstructs the operation of the law system and derives five insights for the modern self-comprehension of law.

Keywords: Law. Justice. Law system. Global law. World society.

1 INTRODUCCIÓN

Es parte del antropocentrismo de Occidente el creer que las cosas tienen algún destino; como si alguna finalidad del mundo fuese necesaria, como si el fin de la autopoiesis del mundo fuese un evento imposible.

Varias aproximaciones filosóficas y teóricas han contribuido a esta percepción. La doctrina de las finalidades de Aristóteles, la necesidad de la naturaleza humana en la filosofía de la temprana modernidad, la idea de Salvación Judeo-Cristiana, el continuo progreso hacia mejor de Kant, la conciliación de historia y espíritu de Hegel, el fin del reino de las necesidades de Marx, la confianza ciega en el progreso y el desarrollo en la modernidad clásica, y su transferencia al diálogo de razones cuando fue claro que el progreso y el desarrollo no eran para todos, comparten todas una forma de finalidad necesaria que, ciertamente, no desconoce el sendero de espinas de la vida en *este mundo*, pero que sitúan en *otro mundo*, y fundamentalmente en otro momento, un *locus* de conciliación en el que las diferencias se disipan. Esa es la promesa de futuro heredada de la modernidad.

Uno puede esperar que así sea. Pero es principalmente la desesperación con la inmanencia del mundo lo que hace emerger la trascendencia y proyectarla hacia el futuro: tanta mundaneidad es insoportable cuando es posible imaginar la utopía, y no solo imaginarla, sino también construirla racionalmente en el presente mediante la paradoja de una posibilidad necesaria. De este modo, la trascendencia se vuelve valor reflexivo: le indica al mundo inmanente que las cosas pueden ser de otro modo, pero paradójicamente, lo hace desde *este mundo*, por lo que no es trascendencia sino inmanencia reflexiva, que se indica como trascendente para llenar el vacío ontológico de un futuro contingente.

Tradicionalmente, la filosofía y la teología se han interesado en la pregunta por la trascendencia de lo humano, y han problematizado ese interés por medio de un concepto de trascendencia que se entiende de modo metafísico, es decir, como mundo independiente de este mundo, al

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

cual, sin embargo, este mundo *debiese* aspirar. La sociología en cambio, se ha planteado la pregunta desde la inmanencia del mundo, desde los procesos de racionalización de la acción, de institucionalización, de diferenciación, que más bien *son*, y no necesariamente *deben ser*. Cuando uno entonces se pregunta por la tarea de una sociología del derecho, la búsqueda no puede conducir a lo extrajurídico – sea se trate de una ley natural, eterna o metafísica – sino a la inmanencia del derecho. La tarea de una sociología del derecho es entender cómo el derecho se constituye de modo inmanente, y cómo en esa constitución inmanente procesa el sentido de trascendencia externo al derecho mismo, pero presente en la sociedad.

El derecho – como todo en la sociedad – no puede sino operar desde este mundo. Tanto sus normas son inmanentes, como toda fundamentación que se pretende como trascendente, se hace desde este mundo. Incluso las ideas de la modernidad temprana acerca de un derecho natural que es por tanto ajeno a las vicisitudes del mundo, debía establecerse en términos positivos para tener efectividad. Por *natural* que sea el derecho, la sociedad sabe transformarlo en contingencia – no se aplica en cada caso; se saben encontrar múltiples excepciones a su aplicabilidad – y al hacerlo, pierde cualquier pretensión de naturalidad. *Natural* es una designación funcional para hacer parecer al derecho como incuestionable, precisamente porque desde la inmanencia siempre el derecho es cuestionable. En términos modernos se puede hablar de la distinción entre cálculo jurídico y justicia.

Ciertamente, el derecho opera en una modalidad normativa: uno espera encontrar en él un resguardo ante la decepción de expectativas normativas; se le invoca bajo aspiraciones de justicia. Pero también el derecho debe operar en una modalidad cognitiva, para aprender a hacer jurídicamente calculable el incalculable movimiento de las pretensiones de justicia en la sociedad, y para aprender a desechar el cálculo jurídico que ya no encuentra correlato en las expectativas de justicia de la sociedad en general. Mi pregunta ahora es por esa capacidad

de aprendizaje del derecho. La pregunta es ¿qué puede aprender el derecho de teorías de la sociedad moderna que entienden el derecho como una contextura entre otras, como un sistema entre otros?

Para responder a esta pregunta, quiero establecer un puente entre dos novedosas aproximaciones al derecho moderno realizadas por dos cuerpos teóricos de amplia aplicabilidad, y – según yo los entiendo – con alta capacidad de integración, el de Niklas Luhmann y el de Jacques Derrida. Comienzo con una breve comparación de ambas teorías (1), para luego destacar algunas derivaciones de esas teorías que el derecho de una sociedad compleja moderna debe incorporar (aprender) para cumplir de buen modo con la protección de expectativas normativas. El primero de esos aprendizajes se relaciona a la incompletitud inmanente del sistema jurídico producto de la negación de sí mismo (lo jurídicamente ilícito) que incluye el código; esto exige una constante apertura al entorno del sistema (2). El segundo aprendizaje enfatiza la inmanencia del derecho moderno, esto es, a la imposibilidad de asumir estructuras externas que guíen al derecho desde fuera en su función normativa de hacer jurídicamente calculable (derecho) lo jurídicamente incalculable (justicia) (3). El segundo aprendizaje se relaciona con una reinterpretación de la distinción facticidad/validez en términos de una *re-entry* de la validez al interior de la facticidad (que legitima el uso de la fuerza en el derecho) y de la facticidad al interior de la validez (que le aporta fuerza de imposición a la norma), de modo tal que la propia distinción facticidad/validez puede ser entendida como una forma de dos lados, como la unidad de una diferencia que sostiene el derecho moderno (4). El tercer aprendizaje relaciona al derecho con su entorno, específicamente con la distinción entre derecho y justicia, o con la calculabilidad del derecho y la incalculabilidad de la justicia. El punto aquí es cómo el derecho (des)equilibra estos dos intereses en su propio interior (5). El cuarto aprendizaje del derecho se relaciona con la distinción entre derecho y derecho nacional. Esta no es realmente una distinción, sino una *re-entry* de lo político en el

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

derecho. El derecho es un sistema supranacional que, en la sociedad moderna, se especifica nacionalmente. Esta especificación nacional, sin embargo, no implica que el derecho como sistema pueda ser entendido como circunscrito a cada espacio territorial nacional. Especialmente en un contexto de sociedad mundial como el actual, el derecho se autoconstitucionaliza y expresa un creciente desacoplamiento de las formas políticas nacionales a las que comúnmente se le asocia (6). Finaliza el texto con una breve conclusión acerca de la inmanencia del derecho en la sociedad mundial contemporánea (7).

2 LUHMANN Y DERRIDA COMO EQUIVALENTES FUNCIONALES

A primera vista pareciera ser que las teorías de Niklas Luhmann y Jacques Derrida fuesen radicalmente distintas – incluso se podría decir antagónicas. Mientras Luhmann intentaría sostener un concepto de sistema para la descripción de la modernidad, el ejercicio deconstructivo de Derrida se orientaría precisamente a poner de manifiesto la ficcionalidad última de cualquier formación de sistema. Mientras el sistema se sostiene por la reproducción de sus propios elementos, la deconstrucción demostraría que esos elementos no son propios, y más aún, que ni siquiera *son* elementos. Autopoiesis del sistema y deconstrucción serían entonces formulaciones antagónicas, guiadas por objetivos contrapuestos: una postura afirmativa acerca de la modernidad en un caso (Luhmann), una postura negativa ante ella en el otro (Derrida).¹

Un análisis más contemporáneo de estos autores ha comenzado a orientarse hacia otras conclusiones. En el núcleo de la arquitectura teórica de las propuestas de Luhmann y Derrida,

subyace un motivo equivalente: la ausencia de un punto de anclaje fundante desde el cual deba construirse una interpretación de lo social.²

Razón, Espíritu, Historia, Sujeto, así con mayúscula – fórmulas que se encuentran en el centro de la autointerpretación teórica de la modernidad – aparecen en Luhmann y Derrida sea como semánticas inmanentemente formuladas para crear niveles de inviolabilidad que deben respetarse en la construcción de teoría, o como iteraciones simbólicas que esconden una violencia originaria invisibilizada por el aura teleológico-moral que proyectan. En Luhmann en cambio, la ausencia de un punto de anclaje fundante de lo social es reflejada a nivel de teoría por el concepto de *contingencia*; en Derrida en tanto, por el concepto de *differánce*.³

Para Luhmann⁴, contingencia es una distinción particular; una de esas distinciones especiales con dos exteriores: la necesidad y la imposibilidad.⁵ Contingencia es aquello que no es necesario ni imposible. Mundo contingente entonces significa que el mundo que *es*, no es necesario ni imposible, es decir, pudo o puede ser de otro modo, es un mundo posible entre otros mundos con posibilidades equivalentes de existencia.⁶

No hay necesidad de un mundo Racional, ni imposibilidad de que sea de otro modo, o de un despliegue necesario del Espíritu o de la Historia, o de una posición antropocéntrica fundamental del Sujeto que deba ser seguida sin cuestionamiento como derecho natural. Todo ese esquema de finalidades es contingente. Sin embargo, porque es contingente tiene que haberse impuesto ante su propia contingencia para prevalecer como *algo en el mundo*. Es decir, tiene que haberse transformado en sistema. Para Luhmann, la superación (contingente) de la contingencia se realiza a través de la

¹ Al respecto ver: HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz Editores, 2008.

² STÄHELI, U. *Sinnzusammenbrüche*. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000; TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

³ Formulaciones alternativas a la comparación entre Luhmann y Derrida pueden leerse en SLOTERDIJK, P. *Derrida, un egipcio*. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires: Amorrortu, 2007 y FIELDBAUM, A. Operación y deconstrucción. Luhmann, Derrida y las lecturas del romanticismo alemán (235-248). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012. p. 235-248.

⁴ LUHMANN, N. *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.

⁵ El presente, por ejemplo, tiene también dos exteriores: pasado y futuro.

⁶ Sobre la génesis de la idea de mundos posibles, ver LEIBNIZ, G. *Philosophical Essays*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1989.

formación de sistemas. El sistema representa una estabilización *en marcha* de la contingencia, que puede presentar su propia existencia como necesaria (para la resolución de un problema social) y su disolución como imposible (mientras el problema siga existiendo), pero que en definitiva carece de un sustento último pues debe permanentemente lidiar con su propia paradoja: la de ser un sistema que no puede ser sistema sin un entorno. La operación del sistema está constantemente orientada a la invisibilización de esta paradoja, y este es precisamente el motor de la operación sistémica – incompletitud sistémica en términos de Derrida. En otros términos, es la contingencia del sistema la que forma sistema, o expresado paradójicamente: el sistema se presenta como necesario en tanto no lo es, o en tanto es un sistema imposible.

En Derrida y Ferraris⁷, este *no ser* del sistema es visto precisamente como el momento de dislocación; el momento en que la contingencia del sistema se expresa asistemáticamente e interrumpe la ficción de estabilidad que invisibiliza la paradoja de un sistema que requiere de un no-sistema (entorno) para ser sistema. La deconstrucción es la potencia operativa que observa este límite de totalización. Lo que ella expresa es que todo sistema es incapaz de cerrarse a sí mismo como una forma de mónada, completa, total, perfecta, impenetrable. Es incluso esa imperfección, esa incompletitud, esa vulnerabilidad, la que se transforma en la propia fuerza que construye el sistema, en tanto el sistema se forma para vulnerar su propia vulneración, su propia incompletitud fundamental. Este es otro modo de expresar la paradoja del sistema, pues la incompletitud exige un desplazamiento continuo de la significación, un espaciamiento permanente que resulte en nuevas significaciones siempre imperfectas de lo que ellas mismas significan en tanto siempre requieren de un suplemento, de un fármaco ajeno que sostenga lo propio, o de un entorno que haga observable un sistema. *Differánce* es el modo derridiano de entender la imposibilidad

de identificación y totalización; es un juego de envíos y reenvíos significativos en permanente movimiento.

Contingencia y *differánce* son equivalentes teórico-funcionales: evidencian el carácter construido del mundo, su no-necesidad última, pero también evidencian que el mundo ha de imponerse imperfectamente sobre esa no-necesidad, sobre esa incompletitud, para ser mundo. En Luhmann y Derrida hay dos figuras correlativas que hacen operativa esta actitud, respectivamente la formación de expectativas⁸ y la noción de *por-venir*⁹. En ambos casos la referencia es temporal. Las expectativas son modos de reducción de la complejidad del futuro, contribuyen a hacer esperable lo que de otro modo no se podría esperar. El *por-venir* es una modalidad temporal que establece un horizonte de aspiración en la acción, aun cuando en el presente la aspiración no se vea realizada. En el caso de Luhmann, las expectativas pueden reconocerse como normativas o cognitivas, según sea la reacción ante la decepción: las primeras se mantienen a pesar de la decepción, las segundas se cambian ante la decepción. En el caso de Derrida, el *por-venir* anticipa una forma de acontecimiento en el presente que hace distinguible lo que aún no adviene pero *tiene que venir* – aunque no llegue. Sobre estas formulaciones se estructuran las teorías del derecho de Luhmann y Derrida.

Para Luhmann¹⁰, el sistema jurídico tiene por función el resguardo de expectativas normativas ante las posibilidades de decepción, de modo que quien vea su expectativa normativa decepcionada, encuentre una estructura social a la cual recurrir para sostener la continuidad del mundo. Esto significa a la vez que el derecho como sistema tiene que aprender de su entorno – una evidencia de su paradoja. El aprendizaje consisten en distinguir entre las expectativas normativas dignas de protección y las que no lo son. Esto, paradójicamente, no puede hacerlo sino cognitivamente, es decir, el sistema aprende

⁷ DERRIDA, J.; FERRARIS, M. *A taste for the secret*. Cambridge: Polity Press, 2002.

⁸ LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

⁹ DERRIDA, J. *Fuerza de ley*. Madrid: Tecnos, 2002.

¹⁰ LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

del entorno y se estructura en relación a él: incorpora las normas juridificables y desecha aquellas que la sociedad ya no encuentra dignas de protección.

En el caso de Derrida¹¹, el derecho es una estructura de cálculo que se expresa en la ley, pero a la vez la ley tiene a la justicia como referencia externa al derecho. Justicia es un elemento incalculable externo al derecho, el que, mediante la calculabilidad jurídica, es a la vez interno al derecho – una evidencia de su incompletitud. La justicia es por-venir, es externa al derecho e incalculable en términos de ley, pero el derecho debe internalizarla para ser derecho, aunque la internalizarla deja de ser justicia. El derecho es justicia incompleta, y justicia incompleta es injusticia, aunque es justo que haya derecho que no puede ser justo, porque el por-venir de la justicia no puede nunca transformarse en cálculo y el cálculo es requisito para *hacer justicia* en el derecho.

La sociología del derecho de Luhmann y Derrida – si se puede hablar de sociología del derecho en este último caso – es extraña a la forma en que, en general, la práctica y los practicantes del derecho se entienden a sí mismos. Al interior del sistema, así como en sus autodescripciones, prevalece la semántica de las fuentes del derecho, la cuasi-identificación de derecho y justicia, la completitud del sistema como derecho positivo – o como teoría pura en el sentido de Hans Kelsen¹² o como derivación de una hipotética norma fundamental¹³ –, en definitiva, la ausencia de paradoja fundante. Por ello, la pregunta por las condiciones en que el derecho debiera aprender de estas teorías del derecho, y qué es lo que debiera aprender de ellas, se hace tan relevante, pues el sistema jurídico opera como si su funcionamiento estuviese siempre asegurado, sea por fuentes externas o por la estabilidad que se atribuye a sí mismo. Si la teoría puede llamarlo

a interrogarse por su inmanente fragilidad e incompletitud, entonces ello puede contribuir al menos a hacer del derecho un agente reflexivo de su propia operación.

3 PRIMER APRENDIZAJE: LA INCOMPLETITUD DEL DERECHO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

La cercanía entre las teorías del derecho de Luhmann y Derrida ha sido también identificada – aunque en términos distintos a los aquí formulados – por Teubner¹⁴. En su comparación, Teubner pone énfasis en el momento de decisión – *locura de decisión* según Teubner¹⁵ – que debe emerger ante un derecho que carece de fundamentación última, así como en la diversa utilización del concepto de justicia en ambos autores – en Luhmann como fórmula de contingencia del derecho; en Derrida como trascendencia externa al derecho.¹⁶ Esta comparación es relevante, sin embargo, es una derivación de la idea de paradoja/incompletitud fundamental del derecho que, en todo caso, Teubner también reconoce y exige observar históricamente:

Un análisis deconstructivo que toma en cuenta la transformación de la paradoja de la doble contingencia en la paradoja fundamental de los sistemas sociales emergentes, necesitaría ser histórica, especialmente si se trata de reconocer sus propias transformaciones. Mientras que la estructura básica de la paradoja sigue siendo la misma, los procesos sociales de su invisibilización y los momentos amenazantes de su reemergencia dependen de contingencias históricas.¹⁷

El problema, sin embargo, es menos histórico que inmanentemente sistémico. La autopoiesis de la comunicación es la autopoiesis de sistemas sociales evolutivamente diferenciados. Luhmann no presupone estructuras en el mundo, sino

¹¹ DERRIDA, J. *Fuerza de ley*.

¹² KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

¹³ HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁴ TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

¹⁵ TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001. p. 34.

¹⁶ Para la variabilidad de las concepciones de justicia, ver: MASCAREÑO, A. *Die Moderne Lateinamerikas*. Bielefeld: transcript, 2012.

¹⁷ TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001. p. 37.

más bien un impulso por resolver distintos problemas que los individuos enfrentan en su praxis cotidiana. La emergencia de la sociedad es, en este sentido, el resultado de la resolución de esos problemas mediante sistemas sociales (funciones) que a su vez generan las condiciones que reproducen los problemas que se han de resolver. Por ejemplo, el derecho resuelve el problema de la ilicitud de acciones que no serían lícitas ni ilícitas si no existiera el derecho; la economía resuelve el problema de la escasez por medio de la producción de bienes y servicios que a su vez generan nuevas necesidades que reintroducen la escasez en el sistema; la ciencia produce verdades por medio de métodos y teorías que solo cuentan como verdades hasta que nuevos (o los mismos) métodos y teorías producen nuevas verdades que también deben contar como provisionales; la política se ocupa del problema de la administración del poder y para ello genera decisiones colectivas vinculantes que se pueden revertir solo por nuevas decisiones colectivas vinculantes que busquen manejar el poder de otro modo. La autopoiesis general de la comunicación se traduce en rendimientos como estos en cada sistema social diferenciado.

Puesto que cada sistema produce las condiciones que generan el problema que a la vez él mismo resuelve, la autopoiesis de la comunicación de cada sistema adquiere una manifestación empírico-operativa en distintos ámbitos, la que está asegurada de modo relativamente estable precisamente por su autorreferencialidad. En este sentido, los sistemas sociales deben, gracias a la autopoiesis, “definir su propio modo de operación específico o determinar su identidad por medio de reflexión, para poder regular cuáles unidades de sentido posibilitan internamente la autorreproducción del sistema, es decir, cuáles hay que reproducir constantemente”¹⁸. Pero si cada sistema resuelve problemas en la sociedad, entonces el sistema tiene que discriminar de algún modo para saber, en la sociedad en general, qué pertenece a su ámbito y qué no; tiene que saber identificar

algo como ajeno. Es decir, la propia autopoiesis tendría que incorporar, al menos por un instante, lo ajeno, aunque sea solo para desecharlo en el momento siguiente. Tiene que manipularlo operativamente.

En este sentido, la clausura operativa del derecho requeriría de algún momento de apertura operativa para sostenerse a sí misma como clausura. Si esto es cierto, entonces la autopoiesis del derecho lograría su recursividad gracias a una operación que excede su propio límite y que se oculta en algún punto de la red de relaciones que conforman el entramado de comunicaciones sistémicas.

El valor positivo del código del derecho (el que promueve la conectividad y autopoiesis de las operaciones sistémicas) es lo *jurídicamente lícito*, mientras que el valor reflexivo (que indica al sistema su momento excluyente) es lo *jurídicamente ilícito*. El punto es que el código no debe entenderse como una distinción en la que un lado remite a una indicación y el otro a otra que actúa como exterior (como en el caso de distinciones del tipo mujer/hombre, arriba/abajo, naturaleza/cultura, lo crudo/lo cocido). Puesto que se trata de códigos sistémicos, tanto el valor de conectividad como el reflexivo operan dentro del sistema. Es decir, lo jurídicamente ilícito solo es ilícito porque hay derecho, o en la famosa frase de Thomas Hobbes: “Donde no hay ley, no hay injusticia”¹⁹. Lo jurídicamente ilícito se hace parte de la red del derecho, aun cuando la conectividad del sistema (una decisión en derecho que se conecta a otra decisión en derecho posterior) sea asegurada por lo jurídicamente lícito. Dicho de otro modo, el valor positivo tiene una superioridad operativa sobre el valor reflexivo precisamente porque estabiliza la autopoiesis del sistema.

Pero la paradoja es que al interior de la red de conectividad autoproducida por el valor positivo, se encuentra el valor reflexivo como exclusiva hacia el exterior de la red autopoietica. Es esta exclusiva hacia el exterior lo que permite a la autopoiesis del derecho ejercer un continuo *fitness* con el

¹⁸ LUHMANN, N. *Soziale systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 61.

¹⁹ HOBBS, T. *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004. p. 131.

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

entorno, en cuanto hace posible la reacción del derecho a operaciones sociales que demandan cambios al sistema (lo irritan) en lo que se ha de considerar lícito o ilícito jurídicamente. Si no fuera por esta exclusiva, el derecho nunca cambiaría. Es decir, la irritación es tal gracias a la autopoiesis; no sería irritación si no fuese captada por la red de autoproducción. Pero precisamente por ello la autopoiesis del derecho es incompleta, debe recurrir a algo que no está en su red para recrear su red, lo que es por cierto una paradoja, pues nada autopoietico puede ser incompleto en sí mismo. En otras palabras, la irritación es un momento de la autopoiesis que, en tanto suplemento, la niega, aunque esa negación sea la que le permita continuar.

Por esto el derecho no puede representarse como teoría pura (*á la* Kelsen) o como derivación de una norma fundamental (*á la* Hart). Ambas formulas pretenden una completitud del derecho que la paradoja del código sistémico excluye, porque incluye supropia negación, es decir, incluye el acceso a lo que no es propio como condición de posibilidad de su formación y continuidad como sistema. Representaciones como estas niegan la posibilidad de transformación y adaptación jurídica; niegan la condición evolutiva de *fitness* del derecho, o en el mejor de los casos la derivan hacia las capacidades interpretativas de ‘buenos jueces’, los que por lo demás siempre escasean.

Todo esto, no obstante, no significa que el derecho pueda determinarse por su entorno. La decisión debe ser jurídica, debe sustentarse en el derecho vigente para tener validez jurídica e implementarse con fuerza de ley. Esto constituye el segundo aprendizaje.

4 SEGUNDO APRENDIZAJE: NO HAY DERECHO FUERA DEL DERECHO

Retóricay recursivamente, la clave fundamental de este aprendizaje puede expresarse del modo siguiente: no hay derecho fuera del derecho que le dé derecho al derecho para ejercer el derecho. Lo que esta afirmación busca establecer, es que,

a pesar de la incompletitud o paradoja fundante del derecho como un derecho que requiere del no-derecho para ser derecho, el sistema pospone esa indecidibilidad originaria por medio de una decisión jurídicamente regulada en el procedimiento. Al contrario de la posición de Teubner²⁰ al respecto, el momento de decisión en el sistema jurídico no constituye ninguna *locura*. Ciertamente la decisión preserva su carácter de indecidible, lo que le permite justamente aparecer como decisión y no como reproducción de un esquema preestablecido, pero la indecidibilidad es limitada en el marco del procedimiento, de manera tal que se vuelve una decisión procedimental. La decisión queda sujeta a la limitación estructural de lo posible – limitación estructural aportada por el procedimiento que ha sido jurídicamente establecido para liberar el momento de decisión de una sobreproducción de posibilidades que extenderían las consideraciones de la decisión extensamente más allá del derecho. El procedimiento limita las consideraciones actualizables sin que ello se transforme en un algoritmo para ‘encontrar’ la decisión – en cuyo caso no se trataría de una decisión, sino de un descubrimiento.

La procedimentalización de la decisión reduce las posibilidades de apertura cognitiva. Ningún juez argumenta inspiración divina para la resolución de un caso – y en aquellos en que esto se hace, entonces el recurso a la trascendencia está estipulado inmanentemente, por ejemplo, como unidad de derecho y religión, o de código civil y textos sagrados. De algún modo u otro, el derecho tiene que ejercer su autonomía, y si no la tiene, al menos debe ficcionalizarla asumiendo inmanentemente la trascendencia como codificación de la inmanencia (en el caso del Islam), o imponiéndose el mismo por medio de una violencia originaria que se invisibiliza sea como fundación (en el caso del colonialismo), como superación de crisis político-institucional (en el caso de totalitarismos), o como imperio del derecho (en el caso de la democracia). Es decir, el derecho debe traducir el no-derecho en sistema jurídico para poder emplearlo. En términos

²⁰ TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

jurídicos clásicos se diría: el derecho debe positivizarse. Es precisamente esta traducción la que, a la vez, lo clausura operativamente y lo abre cognitivamente al entorno – ahí está el clivaje de su paradoja, de su incompletitud, pero también, el motor de su operación como sistema/entorno.

En todo caso, esta es una oportunidad para el cinismo, como Luhmann lo expresa en relación al derecho nazi (aplicable también en casos de dictaduras):

Los nacionalsocialistas no suspendieron el Art. 1 de la ley Constitucional de los tribunales, a pesar de todas las declaraciones acerca de la unidad de estado y derecho y a pesar de que todo se quería supeditar al principio del Führer. Introdujeron nuevos contenidos y con eso sujetaron las leyes a nuevas opiniones, suspendieron legalmente a los jueces non gratos, instituyeron tribunales especiales. Todo esto habría sido suficiente para conseguir aceptación política dentro del derecho. Pero para ellos lo importante era conservar la superioridad en cualquier conflicto político imaginable. Los tribunales ciertamente se consideraron como formas de realización de la voluntad del Führer y la disposición de las competencias correspondientes estaban sujetas a las intromisiones políticas —incluyendo la acusación posible, dependiendo del caso, ante los tribunales especiales. No obstante, no estaban permitidas las intromisiones políticas en los procesos en curso.²¹

Es decir, cuando el derecho no es independiente, la independencia se puede escenificar, mientras tras el telón se escribe el guión y se pautea a los actores. Las proclamas políticas acerca de que ‘los jueces y fiscales hagan bien su labor y piensen primero en las víctimas’²², parecen inocentes frente al elaborado cinismo totalitario o dictatorial.²³ Pero la paradoja de esto es que uno nunca sabe qué sucede tras la cortina, y los que creen saber, no ven que no ven lo que no ven, es decir, no se dan cuenta que tras ellos

hay otra cortina. Escenificación y realidad del derecho son generalmente indistinguibles, y cuando la escenificación logra ser desencubierta, ya no se pueden deshacer sus consecuencias, precisamente porque se trata de derecho.

Por cierto siempre se puede querer recurrir al derecho fuera del derecho para hacer visibles estos callejones oscuros. Entonces se puede pretender ver la luz en la *lex aeterna*, en la *lex divina*, en la *lex naturalis*, o últimamente en la moral – en todo caso, en la *buena moral*. Con ello se podría encontrar un punto de anclaje para enjuiciar al derecho; pero no parece que haya existido un momento en la historia en que el derecho que tenemos sea el derecho que queremos. Es decir, enjuiciar al derecho no es ninguna novedad. Y si queremos adecuarlo a esas estructuras externas, entonces debemos transformarlo en derecho, con lo que lo divino, eterno y natural se vuelve jurídicamente calculable, contingente y artificial. Por último, habría que pensar que la misma sociedad que inventa un derecho imperfecto, inventa igualmente a Dios y la Naturaleza como sus *locus* de control externo. Es decir, en el reino de los cielos también habría que esperar imperfecciones y micrófonos ocultos – como quedó demostrado en las conspiraciones vaticanas en 2012.²⁴ Toda trascendencia del derecho es siempre inmanencia de la sociedad. No hay *otro mundo* al cual recurrir como *terra firma*, y en el que se puedan exculpar las fragilidades de *este mundo*.

5 TERCER APRENDIZAJE: FACTICIDAD DE LA NORMA

La norma válida está provista de la misma facticidad que la facticidad más pura. Al menos

²¹ LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 138.

²² Ver, por ejemplo, las declaraciones del gobierno de Chile (2010-2014) en torno al sistema judicial: EL MERCURIO. Asociación de jueces acusó ‘intimidación’ del gobierno contra el poder judicial. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/22/509263/asociacion-de-jueces-acuso-presion-del-gobierno-contra-el-poder-judicial.html>>. Acceso en: septiembre 2012 y EL MERCURIO. Ministros Ribera y Matthei cruzan declaraciones por críticas a fallos de los jueces. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/10/555086/ministros-ribera-y-matthei-cruzan-declaraciones-por-criticas-a-fallos-de-los-jueces-ante-hechos-de-violencia.html>>. Acceso en: septiembre 2012.

²³ Para esto ver MASCAREÑO, A. The many faces of justice (115-136). En: _____; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

²⁴ EHLERS, F. Document exposes Pope’s frail leadership. *Der Spiegel* [Online]. June 4, 2012. Disponible en: <<http://www.spiegel.de/international/europe/vatileaks-scandal-exposes-pope-s-frail-leadership-a-836825.html>>. Acceso en: septiembre 2012.

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

desde Habermas²⁵ se ha puesto de moda distinguir entre facticidad y validez de las normas. La validez sería el valor positivo de ese código, y la facticidad el valor reflexivo. ‘Valor reflexivo’ es aquel que, por oposición, permite pensar en que la *primera realidad* de las cosas es precisamente su contrario: si la facticidad es valor reflexivo, entonces la validez es la primera realidad de la norma; la norma debe ser originalmente válida para ser norma, solo después se puede pensar en su facticidad. Esta distinción es de especial interés para la relación entre derecho y política por medio de la legislación. Se puede suponer que la legislación es el procedimiento que evita la facticidad del mundo y que expande socialmente la validez de la norma que regula el mundo – precisamente porque la legislación se trata de un procedimiento válido y no de una decisión arbitraria o puramente fáctica.

Esta concepción algo estática de las cosas, no toma en consideración la necesidad de la norma de realizarse fácticamente, ni tampoco la facticidad de las pretensiones de validez. No considerar la facticidad de la norma, la degrada a una pura manifestación, a una emanación del espíritu, que requeriría de algo externo, de algo *fáctico*, para hacerse valer. Luhmann expresa esto en relación al problema de la normatividad:

Aunque esté orientado contrafácticamente, el sentido del *deber ser* no es menos fáctico que el sentido del *ser*. Fáctica es toda expectativa, su cumplimiento tanto como su no cumplimiento. Lo fáctico abarca lo normativo. Se debe renunciar a la habitual contraposición de lo fáctico y lo normativo. Esta es una construcción conceptual equívoca, como si se quisiera contraponer a seres humanos y mujeres – una maniobra conceptual en detrimento de las mujeres en este caso, y en perjuicio del *deber ser* en aquel. Lo normativo tiene una contraposición adecuada no en lo fáctico, sino en lo cognitivo. Solo entre estas dos posiciones para el procesamiento de decepciones se puede elegir significativamente; no entre lo fáctico y lo normativo.²⁶

Para hacerse operativo el *deber ser* debe ser inmanentemente fáctico. No se cambian las

condiciones del mundo por una inflexión del espíritu, y no se puede suponer que la acción normativa deja de serlo – y se vuelva fáctica – cuando se opone fácticamente a determinados acontecimientos en el mundo. Ello supondría la paradoja de imposibilidad inmanente a la norma de poder realizar aquello que se dice *debe* realizar, pues para operar en el mundo no se puede sino operar fácticamente, y ello sería abrogar de la norma. La facticidad está permanentemente integrada en la normatividad, de manera tal que no se requiere de un acto de desdoblamiento para sostener la norma: ella también se puede sostener por la fuerza de los hechos.

Por otro lado, las pretensiones de validez normativa no se expresan solo argumentativamente, sino también fácticamente – sea por medio de protestas, manifestaciones, actos de desobediencia civil, como por ejemplo en Egipto, en Libia, en los indignados españoles, los *occupy-wallstreet*, y por cierto también en los estudiantes chilenos del 2011.²⁷

No considerar la facticidad de pretensiones de validez expresadas fácticamente, subvalora la fuerza performativa y democrática de algunas de esas acciones; las degrada a una especie de acción *subraccional* que solo podría consumarse si ella termina en una mesa en el diálogo de razones.

Más que una distinción, facticidad y validez constituyen un círculo de recursión cuyos momentos no pueden ser subvalorados o jerarquizados por el derecho. La norma requiere facticidad para imponerse sobre el quebrantamiento de expectativas normativas; y solo fácticamente se pueden expresar pretensiones de validez que previamente no ha querido ser escuchadas. Enarbolar las banderas de la validez por sobre las de la facticidad, debilita al derecho y la propia continuidad de la validez de la norma; genera una especie de falla tectónica que puede abrir al derecho al cinismo y la evasión.

²⁵ HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2000.

²⁶ LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*, p. 43-44.

²⁷ MASCAREÑO, A; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

6 CUARTO APRENDIZAJE: DERECHO COMO ESTRUCTURA DE PROMOCIÓN DE CONFLICTOS

El derecho es el más eficiente promotor de conflictos en nuestra modernidad tardía. La función del derecho de estabilizar expectativas normativas en vista a decepciones previsibles, se realiza a un alto precio: el derecho debe hacer determinable lo indeterminable. Esto significa dos cosas: primero, que hay que transformar la inconmensurabilidad de la justicia en cálculo jurídico, y sancionar con cinco años de cárcel a uno y cinco años y un día a otro. Dicho en términos derridianos, esto se expresa del modo siguiente:

El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento de cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias de la justicia, es decir, momentos en la *decisión* entre lo justo y lo injusto no está jamás asegurada por una regla.²⁸

En segundo lugar, la transformación de justicia en derecho, tiene como consecuencia que el derecho no puede decidir entre decidir y no-decidir, es decir, el tribunal siempre tiene que establecer una decisión:

[...] los tribunales – por razones jurídicas – deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Solo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema [...] Solo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; solo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios. Solo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, solo ellos gozan el privilegio de poder transformar la necesidad en libertad.²⁹

Esto no es ‘decisionismo’ en el sentido de Carl Schmitt, pues el propio derecho resguarda que la decisión no sea desplegada de modo arbitrario. Legitimación procedimental se le denomina a esto, como más arriba ha sido dicho.

Tanto la aspiración imposible de transformar la justicia en derecho, como la imposibilidad

de no-decisión de los tribunales, suponen a la vez consecuencias para el resto de la sociedad que observa al derecho. La principal de estas consecuencias es que se reduce la aversión al conflicto en la acción individual precisamente porque, ante la existencia de una estructura de regulación, la acción puede permitirse seguir intereses egoístas. Esta promoción del conflicto puede adquirir básicamente dos formas.

Primero, la acción social se desmoraliza, se reducen las presiones en cada acción para atender a prescripciones morales orientadas a la integración social (bien común, solidaridad, cohesión) y se enfatizan tendencias de tipo racional con arreglo a fines (logro individual, beneficio personal, ganancia particular). Ello aumenta la conflictividad en la sociedad, y esto, a su vez, incrementa la legitimación del derecho como posibilidad para el procesamiento de esos conflictos. En términos de Luhmann:

[...] uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.³⁰

Si esto no es tendencia al conflicto, al menos es indiferencia y despreocupación por la integración social. Probablemente esto haga pensar que es al derecho al que se transfiere la responsabilidad por la integración social, pero esto supondría creer que tanto el derecho como los públicos del derecho quedan contentos o satisfechos con toda decisión jurídica.

Precisamente esto último, provoca la segunda fuente de conflictividad que emana desde el derecho. En la transformación de la justicia en ley, el derecho opera como el economista que justifica la reducción social que producen sus modelos matemáticos con una fórmula técnica del tipo: ‘no es posible incluir todas las variables relevantes en el modelo’. Como la economía, el derecho tiene que reducir la justicia a variables. Que el propio derecho no queda contento con

²⁸ DERRIDA, J. *Fuerza de ley*, p. 39.

²⁹ LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 382.

³⁰ LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 189.

eso, se constata en la generación de múltiples formas de redundancia interna: diferenciación de instancias procesales, diferenciación de tribunales, de normas, argumentaciones, e incluso activismo judicial. Ello provoca fuertes conflictos de normas al interior del derecho que, ahí mismo, son resueltas por medio de la autoridad ejercida en forma de jerarquía de tribunales. Esta jerarquía de tribunales está, por cierto, jurídicamente legitimada, pero esto no obsta para que ella misma constituya una introducción de *fuerza mística* al interior del derecho:

El surgimiento mismo de la justicia y el derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho, implica siempre una fuerza interpretativa y una llamada a la creencia [...] Ahora bien, la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a lo realizativo del lenguaje instituyente o su interpretación dominante [...] El discurso encuentra ahí su límite: en sí mismo, en su poder realizativo mismo. Es lo que aquí propongo denominar (desplazando un poco y generalizando la estructura) lo *místico*.³¹

La génesis del derecho y la justicia emerge, por tanto, de la negatividad, de una ausencia, pero cuando emerge, genera su propia continuidad y su autopoiesis. En el origen prevalece *la nada*. Por ello, el sistema debe ocultar esa *nada* mediante jerarquía. De otro modo, se requeriría de una continua regresión sobre fundamentos no fundamentables que inmovilizaría al sistema y lo petrificaría en un conflicto eterno consigo mismo.

Tampoco los públicos del derecho quedan contentos con la modelación de la justicia. En tanto la decisión jurídica siempre supone distinguir entre quien tiene el derecho de su parte y quién no. Entonces la única situación en la que ambas partes salen conformes con el

derecho, es – por ejemplo – cuando los cónyuges se separan de común acuerdo. Lo más que se puede esperar de las partes a las cuales el derecho no les reconoció *su derecho*, es resignación, pero nunca conciliación con los favorecidos por el derecho. Es decir, el derecho resuelve el conflicto jurídico interno, pero deja intacta la dimensión extrajurídica del problema que originó el acercamiento al derecho; el conflicto continúa fuera del derecho, el que incluso se inmuniza frente a la continuidad de ese conflicto – *res judicata* le dicen los que saben.

Por cierto que el derecho resuelve los conflictos que está llamado a resolver – aunque no pocas veces los pospone demasiado y otras sencillamente los ignora, como la historia de las transiciones pactadas lo demuestra. Pero cuando resuelve, los resuelve para el derecho, no para el resto de la sociedad. Por ello, entender al derecho en nuestra paradójica modernidad como un mecanismo de resolución de conflictos o como una vía de integración social, es a lo menos, demasiado optimismo – sin embargo, derridianamente, puesto que no hay derecho fuera del derecho, también se puede sostener que es justo que haya derecho que no puede ser justo, y aceptar el conflicto que ello genera.

7 QUINTO APRENDIZAJE: DERECHO DE LA SOCIEDAD MUNDIAL

La autoconciencia de la modernidad clásica se formó a la sombra del particularismo del estado-nación y a la luz de una razón que se entendía de modo universal. La autoconciencia de nuestra modernidad tardía se comienza a formar en las arenas movedizas de la paradoja de una sociedad crecientemente mundial (ver Stichweh³²). Quienes ganan con esto son los que hoy tienen la suficiente flexibilidad para cognitivizar las normas con el fin de resguardarlas ante la ironía de las guerras cosmopolitas en nombre de nuestros derechos humanos, ante el cinismo de un derecho internacional que en ocasiones

³¹ DERRIDA, J. *Fuerza de ley*, p. 32-33.

³² STICHWEH, R. *Die Weltgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

se transforma en un apéndice de la voluntad de estado, ante la evasión de la responsabilidad por la desigualdad en nombre de una estabilidad económica que nunca ha sido realmente estable. Los que pierden, en cambio, son los que insisten en que hoy esos problemas se pueden solucionar en el marco de los límites del estado nación y su derecho, y los que creen *irracionalmente* en la superioridad de la razón como fuente del derecho, excluyendo otras posibilidades.

Mi última proposición de aprendizaje del derecho, se deriva del principio de racionalidad práctica de tipo popular: *no hay peor ciego que el que no quiere ver*. El ciego es el derecho nacional; y lo que no quiere ver es que desde hace por lo menos 20 años se forma un derecho supranacional independiente del estado, aunque con vinculaciones con él. Por supuesto con esto no me refiero al derecho internacional de tratados políticos, sino a aquellos espacios jurídicos que se desarrollan por la fuerza de la interacción social más allá del estado y su derecho. Ejemplos de esto son los tribunales arbitrales comerciales y la *lex mercatoria*, la Corte de Arbitraje de Deportes y la *lex sportiva*, las regulaciones financieras de Basel, el tribunal supranacional financiero (Prime Finance) creado este año en la Haya y la naciente *lex financiera*, el tribunal de ICANN y la *lex digitalis*, y también cortes supranacionales como la Corte de Justicia Europea³³.

Si el surgimiento del derecho nacional había sido entendido en un acoplamiento fuerte con la política – Habermas³⁴ hablaba de una relación

interna – lo que estos casos muestran es que el derecho también surge en un acoplamiento fuerte con otros sistemas funcionales. Que el derecho nacional no quiera reconocerlos, es solo un problema para el derecho nacional – más aun cuando el argumento es que no existen porque *deben* existir, o que no son suficientemente democráticos como supuestamente lo ha sido el derecho en el nivel nacional³⁵. En el mejor de los casos, la visión clásica denomina a estos regímenes *soft law*, para diferenciarlos del *hard law* nacional.³⁶ Ya esa denominación es paradójica, pues *soft law is not non-law*; o dicho de otro modo, *soft law* es al menos *law* – y eso es lo único que importa.

Esto genera paradojas y conflictos, pero también formas de cooperación entre lo nacional y lo supranacional. Paradoja es por ejemplo que una parte de la controversia recurra al tribunal arbitral que estipula el tratado comercial interestatal y la otra recurra al tribunal del contrato, y que ambos tribunales fallen cosas opuestas.³⁷ Conflicto es, por ejemplo, que la FIFA prohíba por estatutos el acceso a la justicia doméstica en conflictos deportivos y administrativos, y sorprendente es que todos le hagan caso³⁸; conflicto es también que un tribunal supranacional decida según *lex mercatoria*, mientras el tribunal nacional ni siquiera sepa qué significa *lex*, y menos *mercatoria*.³⁹ Y cooperación es, por ejemplo, que los procedimientos se emulen unos a otros, que se empleen leyes nacionales en tribunales supranacionales, que se coopere entre tribunales

³³ Al respecto ver: McLAREN, R. Introducing the Court of Arbitration for Sport: The *ad hoc* division at the olympic games. *Marquette Law Sports Review* [Online] 12(20). 2001. Disponible en: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=sportslaw>>. Acceso en: septiembre 2012; CALLIES, G.P. *Globale Zivilregimes*. *Lex mercatoria und ICANN UDRP* [Online]. Elektronische Dokumente Universitätsbibliothek. 2004. Disponible en: <<http://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/year/2005/docId/3902>>. Acceso en: septiembre 2012; NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*: The past, present and future of international commercial arbitration. *Sydney Law School Research Paper* [Online] 6(51). 2006. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028#>. Acceso en: septiembre 2012; PRIME FINANCE. *Finance* [Online]. 2012. Disponible en: <<http://www.primefinancedisputes.org/>>. Acceso en: septiembre 2012; MASCAREÑO, A. The ethics of the financial crisis (333-353). En: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBRAJJO, A. (Eds.). *Crisis in constitutional perspective: The dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing. 2011; MASCAREÑO, A. Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria*. *Dilemata* 13: 45-68, 2013; MASCAREÑO, A.; MEREMINSKAYA, E. The making of world society through private commercial law. The case of the *unidroit* principles. *Uniform Law Review*. DOI: 10.1093/ulr/unt019, 2013.

³⁴ HABERMAS, J. *Facticidad y validez*.

³⁵ Ver HÖFFE, O. *La justicia en un mundo globalizado*. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez, 2010.

³⁶ ZÜM, M.; ZANGL, B. *Verrechtlichung jenseits des Staates – Bausteine für Global Governance*. Bonn: Dietz, 2004.

³⁷ MEREMINSKAYA, E.; MASCAREÑO, A. Collisions of legal regimes in world society. The umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination. En: FERNÁNDEZ, M.A. (Ed.) *Bernardo Cremades Liber Amicorum*. Madrid: Kluwer International, 2010. p. 819-842.

³⁸ FIFA. Suspensión de la Federación peruana de fútbol. *Comunicado Oficial* martes 25 de noviembre 2008 [Online]. Disponible en: <<http://es.fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=959160.html#suspension+federacion+peruana+futbol>>. Acceso en: diciembre 2008.

³⁹ MEREMINSKAYA, E.; MASCAREÑO, A. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno. En: MARTINIC, M.D. (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis-Nexis, 2005. p. 1.391-1.427.

para anular o reponer causas arbitrales en materias comerciales, o para intercambiar información en casos específicos, o que se apliquen los mismos principios de derecho en la argumentación de decisiones en uno u otro nivel.⁴⁰

Para la tradición jurídica es imposible observar la imagen completa del derecho pues observa por medio de la distinción derecho nacional/derecho extranjero, que refleja la diferencia de estados nacionales. Incluso cuando se imagina un derecho internacional, lo hace como derecho de estados y, por tanto, dependiente de acuerdos políticos, que también pueden disolverse políticamente. Dicho en otros términos, el derecho se observa normativamente, lo que le impide aprender del mundo y lo lleva a inventar formulaciones paradójicas del tipo *soft law*, que indican que habría derecho más allá del estado nacional, pero que no es tan derecho como el del estado nacional – mientras, operativamente, se ve obligado a adecuar sus estructuras nacionales a él, sea en relaciones de conflicto o cooperación. Cognición es lo que le falta al derecho para darse cuenta que hoy él es más que nunca un sistema supranacional con diferenciaciones segmentarias internas, sean nacionales o temáticas, que tiene unitariamente por función la protección de expectativas normativas frente a decepciones posibles.

8 CONCLUSIÓN

No sería *justo* situar solo en el derecho la necesidad de aprendizaje cognitivo. En un mundo tan altamente cambiante, de tanta aceleración, todos los sistemas se ven enfrentados a una intensa observación del entorno y a un continuo ejercicio de adaptación de su devenir interno. Una economía normativa, por ejemplo, que piense la organización de la producción bajo la perspectiva de la construcción de un desarrollo nacional endógeno, carece de sentido bajo los niveles de inversión, de transacción financiera,

de integración de capitales, de transnacionalidad de firmas que actualmente caracterizan a la sociedad mundial. Tampoco la tecnología podría solo aferrarse a un tipo de instrumentos. El estilo dominante de la tecnología es cognitivo, por ello ya no se opera con señales de humo para la comunicación a distancia. Incluso la religión – el más normativo de los sistemas – cognitiviza su devenir interno por medio de la hermenéutica de textos, bajo la pregunta ¿qué orientación entregan las Escrituras ante el mundo de hoy?

Para el caso del derecho, sin embargo, el problema es aun más relevante, pues en la sociedad mundial moderna la responsabilidad por las expectativas normativas ya no está situada en la trascendencia: en una vida después de la vida, en una utopía al final de la historia, o en una necesidad ineludible proveniente de la naturaleza humana, sino en la inmanencia del derecho. Esto hace del aprendizaje cognitivo del derecho una operación ineludible, pues las expectativas normativas que el derecho protege, no son inventadas por el derecho; son generadas en la sociedad más allá del derecho, y para observarlas, hay que estar constantemente atento al mundo y aprender de él. Dicho derridianamente, la incompletitud del derecho se muestra en su aprendizaje del mundo.

Como Ulises, el derecho puede seguir amarrándose al mástil de su dogmática, de su trascendencia imaginada, de su descripción como solucionador de conflictos, o de su nacionalidad para evitar a las sirenas en el océano de su inmanencia. Pero eso es como pararse en el umbral de la puerta cuando hay terremoto: genera una ficción de seguridad, pero no importa nada cuando la casa se viene abajo. En una sociedad mundial plena de paradojas, el derecho se transforma en una especie de asilo de las expectativas normativas de justicia. Confiscarlo dogmática o nacionalmente es renunciar a la inmanencia del derecho y, por tanto, a su propia función. Y eso, seguramente, no es lo que en definitiva queremos.

⁴⁰ KJAER, P. La metamorfosis de la síntesis funcional. Una perspectiva europeo-continental sobre governance, derecho y lo político en el espacio transnacional (153-204). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012.

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

REFERENCIAS

- CALLIES, G.P. *Globale Zivilregimes. Lex mercatoria und ICANN UDRP* [Online]. ElektronischeDokumenteUniversitätsbibliothek. 2004. Disponible en: <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/year/2005/docId/3902>>. Acceso en: septiembre 2012.
- DERRIDA, J. *Fuerza de ley*. Madrid: Tecnos, 2002.
- _____; FERRARIS, M. *A taste for the secret*. Cambridge: Polity Press, 2002.
- EHLERS, F. Document exposes Pope's frail leadership. *Der Spiegel* [Online]. June 4, 2012. Disponible en: <<http://www.spiegel.de/international/europe/vatileaks-scandal-exposes-pope-s-frail-leadership-a-836825.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- EL MERCURIO. Asociación de jueces acusó 'intimidación' del gobierno contra el poder judicial. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/22/509263/asociacion-de-jueces-acuso-presion-del-gobierno-contra-el-poder-judicial.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- EL MERCURIO. Ministros Ribera y Matthei cruzan declaraciones por críticas a fallos de los jueces. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/10/555086/ministros-ribera-y-matthei-cruzan-declaraciones-por-criticas-a-fallos-de-los-jueces-ante-hechos-de-violencia.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- FIELDBAUM, A. Operación y deconstrucción. Luhmann, Derrida y las lecturas del romanticismo alemán (235-248). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012. p. 235-248.
- FIFA. Suspensión de la Federación peruana de fútbol. *Comunicado Oficial*, martes 25 de noviembre 2008 [Online]. Disponible en: <<http://es.fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=959160.html#suspension+federacion+peruana+futbol>>. Acceso en: diciembre 2008.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz Editores, 2008.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HOBBS, T. *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004.
- HÖFFE, O. *La justicia en un mundo globalizado*. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez, 2010.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KJAER, P. La metamorfosis de la síntesis funcional. Una perspectiva europeo-continental sobre governance, derecho y lo político en el espacio transnacional (153-204). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012.
- LEIBNIZ, G. *Philosophical Essays*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1989.
- LUHMANN, N. *Soziale systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- _____. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- _____. *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.
- _____. *El derecho de la sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MASCAREÑO, A. The ethics of the financial

1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

crisis (333-353). En: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBRAJO, A. (Eds.). *Crisis in constitutional perspective: The dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

_____. *Die Moderne Lateinamerikas*. Bielefeld: transcript, 2012.

_____. The many faces of justice (115-136). En: _____; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

_____; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

_____. Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria*. *Dilemata* 13: 45-68, 2013.

_____; MEREMINSKAYA, E. The making of world society through private commercial law. The case of the unidroit principles. *Uniform Law Review*. DOI:10.1093/ulr/unt019, 2013.

McLAREN, R. Introducing the Court of Arbitration for Sport: The *ad hoc* division at the olympic games. *Marquette Law Sports Review* [Online] 12(20), 2001. Disponible en: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=sportslaw>>. Acceso en: septiembre 2012.

MEREMINSKAYA, E; MASCAREÑO, A. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno. En: MARTINIC, M.D. (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis-Nexis, 2005. p. 1.391-1.427.

_____; _____. Collisions of legal regimes in world society. The umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination. En: FERNÁNDEZ, M.A. (Ed.) *Bernardo Cremades Liber Amicorum*. Madrid: Kluwer International, 2010. p. 819-842.

NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*:

The past, present and future of international commercial arbitration. *Sydney Law School Research Paper* [Online] 6(51). 2006. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028##>. Acceso en: septiembre 2012.

PRIME FINANCE. *Finance* [Online]. 2012. Disponible en: <<http://www.primefinancedisputes.org/>>. Acceso en: septiembre 2012.

SLOTTERDIJK, P. *Derrida, un egipcio*. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

STÄHELI, U. *Sinnzusammenbrüche*. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000.

STICHWEH, R. *Die Weltgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

ZÜM, M.; ZANGL, B. *Verrechtlichung jenseits des staates* – Bausteine für global governance. Bonn: Dietz, 2004.

SOBRE A PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITOⁱ

Cláudio Soutoⁱⁱ

Sumário: 1 A pesquisa em direito e seus níveis de rigor científico. 2 A pesquisa científico-social do direito: sua situação atual e a busca de rigor teórico-explicativo. 3 Tentando ir além da pobreza teórico-geral da pesquisa sociojurídica: consideração preliminar. 4 Os passos práticos para a busca da explicação científico-social mais abrangente da pesquisa em direito. 5 Postulados de interesse explicativo mais geral para a pesquisa científica em direito. 6 Alguns teoremas de interesse explicativo mais geral para a pesquisa em direito. Referências.

Resumo

Lidando com a pesquisa científica em Direito, o artigo mostra como se dá, deterministicamente, a atração e a repulsão nas interações mentais e sociais, e propõe um modelo teórico unificado mental-social, assim como mostra que o conhecimento científico já adquirido nessa área pode ser aplicado à vida prática.

Palavras-chave: Pesquisa científico-social do Direito. Postulados fundamentais. Sistema sociointerativo.

ⁱ Trabalho elaborado para o IV Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), Recife, 11-13 de novembro de 2013 (Congresso em homenagem a Luciano Oliveira). Um resumo do escrito foi apresentado oralmente em 13 de novembro de 2013 como conferência de encerramento do Congresso.

ⁱⁱ Doutor, Livre-Docente e ex-regente de cátedra pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Doutor em Ciências Sociais pela Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld, Alemanha. Professor Titular Emérito de Sociologia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Antigo Professor das Pós-Graduações em Direito, Filosofia e Sociologia desta UFPE. Antigo Professor Visitante das Universidades de Columbia (Nova Iorque, EUA) e de Köln (Colônia, Alemanha).

Abstract

By dealing with scientific research in law, the article shows how the attraction and the repulsion in mental and social interactions happens deterministically, and proposes a mental-social united theoretical model, as well as shows that the already acquired scientific knowledge in this field can be applied to practical life.

Keywords: Research scientific and social rights. Fundamental postulates. Socio-interactive system.

1 A PESQUISA EM DIREITO E SEUS NÍVEIS DE RIGOR CIENTÍFICO

A pesquisa em direito apresenta-se usualmente dentro dos limites da chamada Dogmática Jurídica: a pesquisa é apenas bibliográfica e observacional simples. Como saber dedicado à interpretação e à sistematização de normas tidas como jurídicas¹, volteja basicamente em torno de leis e de decisões judiciais monocráticas ou colegiadas – e em torno de uma bibliografia correspondente. Pesquisas de teoria pura quanto ao direito são bem menos frequentes, mesmo em termos de uma visão formal, lógico-normativa, do jurídico.

O mencionado tipo de pesquisa, apenas bibliográfico e observacional simples, usufrui, direta ou indiretamente, dos prestígios social e midiático dos poderes legislativo e judiciário. Todavia não desfruta de um prestígio significativo do ponto de vista científico-substantivo, já que seu rigor metodológico, nesse ponto de vista, é muito escasso. E só um tanto excepcionalmente o referido tipo de pesquisa dogmática tem-se fundamentado em dados substantivos de pesquisa científica produzidos em outras áreas do saber.

De fato, geralmente a perspectiva de pesquisa dogmática do direito tem-se situado numa atitude de isolamento em relação às ciências substantivas, sejam estas ciências da natureza, ou, até, ciências do social. O que soa estranho, pois ninguém nega seja o jurídico um fenômeno social. Em consequência, soa também estranho que um Centro de Ciências Jurídicas tivesse, por meio século, relutado em acolher, como coisa sua – e não só como algo determinado por portaria ministerial –, uma disciplina que se intitule Sociologia do Direito ou Sociologia Jurídica. Pois esta última é, decerto, uma ciência do jurídico.

A atitude de isolamento é sociologicamente explicável: tudo parece indicar que se trataria de caso clássico de resistência à mudança em virtude do poder dos interesses investidos no *status*

¹ AARNIO, Aulis; ARNAUD-DUC, Nicole. Dogmatique juridique. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 188.

quo intelectual e prático.

Empreendeu-se, contudo, recentemente, por iniciativa de Artur Stamford, Germano Schwartz e Marcelo Mello, a promissora constituição de uma Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD). acolher, como coisa sua – e não só como algo determinado por portaria ministerial –, uma disciplina que se intitule Sociologia do Direito ou Sociologia Jurídica. Pois esta última é, decerto, uma ciência do jurídico.

Fechada por si mesma nos horizontes limitados de investigação a que se circunscreve, e carente, por si mesma, de métodos e técnicas de pesquisa empírica, a pesquisa dogmática do direito representa um primeiro nível investigatório destituído de rigor científico substantivo significativo, se bem que atinja, não raro, excepcional rigor lógico-formal, rigor este que Max Weber, como sociólogo, enfatiza².

Já o conhecimento científico-substantivo começa onde há o comprovável pela observação controlada por métodos e técnicas de pesquisa empírica (fática). E, por ser assim baseado na observação controlada dos fatos, é o conhecimento menos inseguro que se possa obter. Desse modo, as perspectivas científico-substantivas que relacionem o mental e o direito (Psicologia Jurídica) e o social e o direito (por exemplo, Sociologia do Direito, Antropologia Jurídica, Economia e Direito), poderão apresentar significativo rigor metodológico.

Num mundo acentuadamente científico e tecnológico como o de hoje, não podemos pensar apenas filosoficamente sobre o mental, o social e o direito. Por mais brilhante e abrangente que seja esse pensamento filosófico, contudo, por definição, não é comprovável por métodos e técnicas de pesquisa empírica.

As perspectivas científico-substantivas que relacionem o mental e o direito, ou que relacionem o social e o direito, podem ser teóricas ou aplicadas. Seja como for, porém, seus horizontes são ainda limitados, sobretudo nos estudos aplicados, desde que não abrangem usualmente uma

causação mais geral, comprovada ou comprovável, no que se refere ao mental e ao social.

A busca de *causas* das *causas* que sejam comprováveis por pesquisa empírica, com o máximo de abrangência do poder explicativo quanto ao mental e ao social, essa busca se situaria em uma teoria mais geral do mental e do social. E, como se verá, essa perspectiva seria a única capaz de apresentar-se de modo realmente determinístico a propósito do mental e do social, sendo de seu natural rigorosas construções axiomáticas por postulados e teoremas. Postulado é, cientificamente, uma proposição básica comprovada ou comprovável faticamente da qual seria possível deduzir proposições menos gerais (chamadas teoremas).

Naturalmente, tratar-se-ia de um determinismo probabilístico: note-se que um grau maior de probabilidade – como nas proposições determinísticas –, ou menor, de probabilidade, é inarredável em ciência substantiva, que não dispõe de verdades absolutas. Quando a proposição científica é determinística, contém um “sempre”, explícito ou implícito, o que significaria que sua probabilidade é muito alta.

Repare-se ainda, preliminarmente, que um “determinismo” de fenômenos mentais ou sociais específicos não seria verdadeiro determinismo, eis que não estaria ao abrigo de exceções invalidantes. Por exemplo, dependendo do que se aceite em determinado momento, pode ser mais agradável (menos desagradável), ao indivíduo ou ao grupo, sacrificar a própria vida ou os bens econômicos do que retê-los.

Como o conhecimento científico é sempre probabilístico, pensar cientificamente será sempre pensar de maneira crítica, dubitativa. E não há criação sem crítica, sem a insatisfação com o *status quo* do conhecimento. Todavia a recíproca não é verdadeira.

A pesquisa psicológica e a científico-social, na acepção mais básica, seriam então a contestação criativa do pensamento anterior – por menor que seja a margem de criação real.

² WEBER, Max. *Rechtssoziologie* (aus dem manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann). Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag, 1960. p. 102.

2 A PESQUISA CIENTÍFICO-SOCIAL DO DIREITO: SUA SITUAÇÃO E A BUSCA DE RIGOR TEÓRICO-EXPLICATIVO

A perspectiva científico-social do direito não se preocupa, comumente, com uma perspectiva teórica *mais geral*, embora se mostre, não raro, preocupada com teoria.

Lamentavelmente, porém, esta preocupação com teoria se limita usualmente a uma fundamentação da pesquisa em teorias sociojurídicas da moda intelectual, com pouco espaço para uma contribuição pessoal, criativa, dos pesquisadores.

Neste particular, se acentua o interesse por uma perspectiva teórica marxista e menos geral, de inspiração filosófica dialética (considerando-se as contradições existentes no real e suas tendências de síntese), perspectiva essa aplicada sobretudo ao capitalismo. O modelo epistemológico mais nitidamente contraposto, o da abordagem indutiva-dedutiva de natureza causal-explicativa – que se inclinaria por proposições comprováveis mais gerais, básicas e rigorosas, de natureza causal – tem sido academicamente menos popular.

Note-se, entretanto, que a abordagem indutiva-dedutiva de natureza causal-explicativa, a abordagem dialética e a abordagem funcional (relativa a fins) têm isso de comum: todas induzem proposições gerais, das quais passam a deduzir explicativamente. Na verdade são perspectivas diferentes referíveis a uma mesma realidade e, por isso mesmo, reciprocamente complementares.

O caminho básico de todas as ciências seria o indutivo, pois a partir de dados particulares é que podem ser elaboradas leis gerais. E a explicação teórica consiste em deduzir das proposições mais gerais explicativas obtidas por indução.

A hipótese científica é a suposição que se submete à pesquisa dos fatos. As hipóteses podem ser gerais (hipóteses de leis científicas) ou particulares, referidas a fenômenos limitados. Devem dizer respeito à realidade e possuir conteúdo informativo.

De modo básico, a metodologia científica implicaria observar informalmente a realidade,

com o mínimo possível de preconceitos, imaginar uma hipótese ou hipóteses comprováveis relativas a ela, comprovar pela experimentação ou, no mínimo, pela observação controlada, se a hipótese ou hipóteses correspondem à realidade.

Ora, *em qualquer país, raramente se tenta uma explicação teórica mais geral, e criativa, da pesquisa sociojurídica*. Se, como se reconhece, o pensamento sociológico procura não só descrever a realidade social, mas sobretudo explicá-la, contudo a preocupação com proposições causais-explicativas mais gerais é quase sempre ausente em Sociologia e em Sociologia do Direito. Entretanto isso pode ser tentado de modo unitário, elegante e simples.

Simplesmente: generaliza-se um número reduzido de proposições (teses) fundamentais a partir da consideração dos fatos concretos particulares, ou seja, “construídas do empírico para o mais geral” (construídas por indução, pois). Dessas proposições mais gerais são deduzidas (ou são dedutíveis) outras proposições menos gerais (que são, portanto, explicadas pelas mais gerais).

Analogamente, o modelo de explicação científica causal de Hempel-Oppenheim toma descrições de fatos e as deduz logicamente de afirmações em forma de lei.

Com frequência, porém, as pesquisas sociojurídicas não vão além da descrição e de hipóteses setoriais: o que é válido, mas não é tudo, nem é o principal.

Faz-se necessária, na verdade, a crítica à limitação da Sociologia e da Sociologia do Direito ao descritivo e ao setorial, bem como a crítica da “Sociologia Crítica”. Esta última tem sido muito crítica com relação ao capitalismo, mas insuficientemente crítica de si mesma, por não aspirar, geralmente, a um maior rigor metodológico. Excetuam-se, todavia, autores marxistas do chamado individualismo metodológico (informam, por exemplo, a este respeito, Levine, Sober e Wright³).

É digna de lembrança a reação do soviético Jacob Bazarian contra uma “objetividade” marxista que desconsidera o fator humano individual:

[...] No conceito de base material da sociedade nós in-

1.2 TEORIA SOCIOJURÍDICA NACIONAL

cluimos outros fatores determinantes que os sociólogos marxistas, em geral, não levam em consideração, tais como o fator geográfico, o fator demográfico e sobretudo o fator biopsíquico do homem. Este último é, segundo o nosso ponto de vista, o mais importante de todos os fatores, pois, afinal, a história e a sociedade são feitas pelos homens e para os homens.⁴

E, entre nós, Luciano Oliveira, sendo intelectual de formação marxista, não se exime de aceitar, “tanto quanto possível”, o princípio da neutralidade axiológica do pesquisador: “[...] ele deverá adotar uma postura metodológica neutra, condição indispensável para a elaboração de um trabalho que se pretenda minimamente científico, sem a qual borraríamos qualquer diferença entre um trabalho acadêmico e o mero discurso ideológico [...]”⁵.

De fato, o valor que norteia a pesquisa científica será o valor de cientificidade, consonância à realidade, inarredável que é, da mente humana, o afetivo-ideativo, e, portanto, a valoração. E, naturalmente, uma neutralidade absoluta quanto a outros valores, será inviável, tratando-se apenas do máximo possível de neutralidade axiológica.

Artur Stamford da Silva alerta oportunamente sobre o termo “criticar”, que seria de entendê-lo como “crítica construtiva”: “O termo ‘criticar’ não tem o sentido de ‘destruir’, ‘denegrir’, antes de apontar falhas para saná-las. Neste ver, a crítica sempre é construtiva”⁶.

Por outro lado, não é atitude crítica autenticamente científica a que se fundamente no culto mítico de um autor para criticar outros autores. E, como pessoa humana comum, o homem de ciência pode ser um homem de fé. Porém, na função de cientista, é um homem da dúvida: a atitude crítico-científica substantiva e autêntica duvidará de tudo, inclusive de si mesma. Terá como princípio *substantivo*, não a exatidão, a certeza, mas a probabilidade maior ou menor. Desse

modo é que, como lembrava classicamente Einstein, se as proposições da matemática se referem à realidade, não são exatas, e, se são exatas, não se referem à realidade.

Não se trata de uma atitude preconcebida e sim aberta, sempre à procura do seu erro. As soluções da ciência rigorosa nunca são soluções definitivas – apesar de serem as menos inseguras que se possa ter, por serem comprovadas ou comprováveis pela observação controlada dos fatos.

Cumprido notar que o individualismo como perspectiva política não se confunde com o individualismo metodológico. Este último, em qualquer de suas vertentes, teria, segundo Boudon⁷, como ponto comum, a referência de qualquer fenômeno social ao individual, de que seria efeito. Apenas isto.

De fato, o individualismo metodológico busca na referência ao mental individual – que está por trás do social, e o produz, deixando fortes marcas de origem – um maior rigor na construção teórica, para além de meras descrições e correlações. Na verdade, pode-se explicar o coletivo pelo coletivo apenas em um nível menos abrangente de explicação.

Embora haja propriedades emergentes (novas) do social em relação ao mental⁸, elas são fracas o suficiente para possibilitar uma *explicação unitária do mental e do social*, pois tudo indica que qualquer mental e qualquer social só é tal sendo do tipo *siv*; e, assim, os efeitos do mental e do social derivam dos efeitos dos elementos componentes de *siv* (sentimento, ideia e vontade). Sem prejuízo de leis menos gerais específicas da interação mental e da interação social.

Sem sentimento, ideia e vontade, não se tem basicamente o homem e o social produzido por ele. É preciso, pois, tratar sistematicamente a unidade *siv* como categoria social básica. Siste-

³ LEVINE, Andrew; SOBER, Elliot; WRIGHT, Erik Olin. Marxism and methodological individualism. *New Left Review*, 162, march/april 1987. p. 67-84.

⁴ BAZARIAN, Jacob. *Introdução à sociologia*. As bases materiais da sociedade. São Paulo: Alfa-Omega, 1982. p. 179.

⁵ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: _____ (Coord.). *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 141.

⁶ STAMFORD DA SILVA, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 21-22.

⁷ BOUDON, Raymond. Beyond rational choice theory. *Annual Review of Sociology*, 29, 2003. p. 3, 10.

⁸ Cf. DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p. 109, 111.

⁹ Cf. OPP, Karl-Dieter. The individualistic research program in sociology. In: GERHARD, Radnitzky (Ed.). *Centripetal forces in the sciences*. New York: Paragon House, 1988. v. II. p. 217.

maticamente, e não apenas ocasionalmente.

A mencionada explicação unitária se poderia fazer muito rigorosamente, como um conjunto de definições e proposições, sendo que há proposições mais gerais e fundamentais (os postulados ou axiomas), e, destas, as restantes proposições (teoremas) são logicamente dedutíveis – é o que se chama axiomatização da pesquisa teórica. Essa forma rigorosa de apresentar a teoria já se encontra no sociólogo Homans¹⁰.

Na apresentação axiomática da construção teórica, reduzem-se não só as definições, mas se escolhe um determinado número de teses como postulados (o menor número possível). De tal sorte que todas as outras teses – teoremas – possam ser deduzidas dos postulados (proposições fundamentais) e nenhum postulado possa ser deduzido de outros postulados.

Será interessante notar que enquanto Udehn¹¹ não acha frutífero procurar “a redução de leis sociais”, Elster¹² reconhece que a meta de estabelecer leis nas ciências sociais “sempre continuará [...] a guiar os estudiosos”, preocupando-se em discutir maneiras de chegar-se a afirmações em forma de lei. Já Thye, referindo-se a áreas aplicadas (acordo comercial e negociação, justiça, poder, *status* e legitimidade), nota que “a pesquisa experimental tem resultado em teorias axiomáticas”.

Mas como ter-se uma explicação científica rigorosa sem referência a proposições teóricas explicativas mais gerais que sejam comprováveis por pesquisa empírica: portanto sem a *explicação da explicação*, em terreno imediatamente anterior ao da Filosofia?

A explicação da explicação parece ser o problema crucial a ser enfrentado pela pesquisa científica substantiva sobre o direito neste início de século. Se pesquisas aplicadas são decerto válidas, o seu domínio quase exclusivo é seguramente índice de subdesenvolvimento teórico

por carência de explicações causais mais gerais. Como, porém, superar essa situação atual de pobreza teórica da pesquisa sociojurídica? É o que tentaremos examinar em seguida.

3 TENTANDO IR ALÉM DA POBREZA TEÓRICO-GERAL DA PESQUISA SOCIOJURÍDICA: CONSIDERAÇÃO PRELIMINAR

Essa pobreza é clara e se liga à pobreza evidente do pensamento sociológico em geral^{14,15}.

Assim, à pergunta “como se explica o fenômeno associativo humano?”, poder-se-ia responder que esse fenômeno se deve a necessidades de alimentação, de agasalho e/ou abrigo, de defesa, ou a interesses econômicos, de poder político ou de prestígio intelectual e, na verdade, todos esses fatores e muitos outros têm sido causa do fenômeno grupal humano.

Essa maneira de explicar é válida por corresponder a fatores reais da associação humana. Contudo se aproximaria mais de uma enumeração descritiva de variáveis que de uma explicação científica rigorosa e abrangente. Esta última teria a forma de uma lei geral sobre o movimento de associação no espaço da interação social.

De fato, cada um dos fatores mencionados não explicaria *sempre* toda e qualquer espécie de movimento associativo: uma lei geral tentaria fazê-lo. Parece clara a conveniência teórica e prática da procura dessa lei.

Na verdade, existe atualmente um acentuado consenso de que um só tipo de fator concreto, social ou não, não é capaz de explicar, sozinho, em um determinismo unilateral, o processo social humano. Assim, já não caberia um determinismo ou de fatores geográficos, ou de fatores biológicos, ou de fatores econômicos etc.

Repare-se que a pesquisa científico-social, inclusive a pesquisa científico-social do direito, é

¹⁰ HOMANS, George Caspar. *Social behavior: its elementary forms*. New York: Harcourt, Brace & World, 1961. p. 2, 10, 31, 51-82, 205.

¹¹ UDEHN, Lars. The changing face of methodological individualism. *Annual Review of Sociology*, 28, 2002. p. 502.

¹² ELSTER, Jon. *Alchemies of the mind: rationality and the emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 1, 36 *et seq.*

¹³ THYE, Shane R. Reliability in experimental sociology. *Social Forces*, 78 (4), June 2000. p. 1.302.

¹⁴ Conferir, por exemplo: ELSTER, Jon. *Alchemies of the mind: rationality and the emotions*, p. 1, 36 *et seq.*; UDEHN, Lars. The changing face of methodological individualism. *Annual Review of Sociology*, 28, 2002. p. 502; BOUDON, Raymond. Beyond rational choice theory. *Annual Review of Sociology*, 29, 2003. p. 1-2. SZOSTAK, Rick. Classifying natural and social scientific theories. *Current Sociology*, v. 51 (1), Jan. 2003. p. 44-46.

¹⁵ Sobre como pensar sociologicamente, cf. SOUTO, Cláudio. *O que é pensar sociologicamente*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987, *passim*.

uma atitude de conhecimento e nisso ela cumpre a missão que lhe é própria. Conhecida a realidade social de maneira científica tão rigorosa quanto possível, então é viável à ação prática social escolher, com base nesse conhecimento, ou sobretudo adaptar-se racionalmente a essa realidade; ou sobretudo transformá-la de modo racional. Pois sempre há, simultaneamente, adaptação à realidade social e sempre há transformação dela.

É necessário o afastamento de chavões pseudo-intelectuais esterilizantes. Ideia sem consideração da realidade não pode ser ideia científica. Realidade sem ideia não pode ser conhecimento.

À pesquisa científico-social do direito não cabe apenas definir, classificar e descrever, ou, mesmo, correlacionar fatos. Isso é importante, mas a alma da pesquisa científico-social está em explicar os fatos sociais concretos por proposições (teses) gerais, em forma de lei científica. O que é, essencialmente, um difícil trabalho de imaginação criadora.

Como, porém, fazê-lo, em termos de prática científica? É o que se verá a seguir.

4 OS PASSOS PRÁTICOS PARA A BUSCA DA EXPLICAÇÃO CIENTÍFICO-SOCIAL MAIS ABRANGENTE DA PESQUISA EM DIREITO

Os passos práticos no caminho mais geral e principal para a criação científica seriam, na devida ordem: observar informalmente o real, imaginar uma explicação para o observado, depois (e só depois) ler.

Antigo contemporâneo de estudos, Mozart Siqueira, insistia por este último passo. De fato, se intoxicarmos previamente nossa mente de ideias alheias sobre um determinado assunto, dificilmente ela terá (por forte influência de um alheio autoritativo) autonomia criativa.

Considera-se hoje experimentalmente comprovado que tão só por tomar conhecimento prévio da opinião de uma ou algumas pessoas, tende o sujeito a conformar-se ao julgamento alheio.

Ler, sim, e estrategicamente. Mas leríamos

depois de termos, de modo provisório, tentado uma explicação que acreditamos própria. Essa leitura posterior nos iria informar se houve mesmo efetiva criação pessoal e sobre a valia do que eventualmente criamos.

O caminho da criação científica é como se fora uma via mais geral e principal à qual deveriam afluir todos os outros caminhos do pensamento científico.

Note-se que não parece ter maior significado que se construa teoricamente antes (*ex ante*) ou depois (*ex post*) de dados obtidos mediante técnicas de pesquisa. Naturalmente, a própria construção teórica *ex ante*, sendo científica, pressuporá algum grau de observação prévia informal da realidade. Depois ocorreriam as técnicas formais de pesquisa.

A construção *ex ante* pode conter proposições de tal modo estratégicas que o resto da construção possa ser deduzido delas rigorosa e elegantemente. E, quanto ao grau de criatividade, na construção *ex ante* estariam menos envolvidos condicionamentos prévios do pensamento criador, capazes de inibir ou diminuir a criatividade.

Em uma teoria científica mais geral do mental e do social (teoria unificada desses dois campos), estaria uma referência dotada de *abrangência máxima explicativa* quanto à pesquisa científica em direito. E lembre-se que a essa teoria lhe basta ser *comprovável empiricamente*. Assim, mesmo na Física, a teoria einsteiniana – a mais adequada até o momento –, sendo ela desde seu início comprovável, não teve uma comprovação empírica imediata e não a teve senão progressivamente.

5 POSTULADOS DE INTERESSE EXPLICATIVO MAIS GERAL PARA A PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO

A mente humana se reduz essencialmente, ao que tudo indica, a sentimento, ideia e vontade (*siv*). Todo fenômeno mental e todo fenômeno social teria essa marca de origem. O mental seria basicamente o *siv* e o *intersiv* (sendo *intersiv* a interação entre polos mentais). O social seria

o *intersiv* quando exteriorizado no espaço social (espaço de polos de interação social em comunicação *siv*).

De fato, tudo indica – insista-se – que *sentimentos, ideias e volições existem, de modo acentuadamente básico, tanto na realidade individual, como na social* (de tal sorte que uma explicação mais abrangente não poderia desconsiderar esses elementos). Quando interiorizados mentalmente, são elementos individual-psicológicos. Quando exteriorizados e recebidos pela comunicação, tornam-se fenômenos sociais e, se aceitos em comum por dois ou mais indivíduos (e se permanece o relacionamento sociointerativo), fenômenos grupais. O que é interiorizado em um momento pode ser exteriorizado em outro, e vice-versa: o que é mental pode tornar-se social, e inversamente.

Outros elementos básicos, por exemplo crença, pelas quais se interessa Boudon¹⁶, seriam derivados daqueles elementos fundamentais e, portanto, menos básicos ou abrangentes. Hoje é preciso reconhecer que o próprio grupo social, embora não se possa igualar à realidade mental individual, a tem em sua origem e apresenta claramente as marcas de sua origem, mesmo porque não existe mente grupal real, pois os grupos sociais não são entidades corpóreas: eles são o que é sentido, pensado e querido em comum por mentes individuais.

Os movimentos de atração e repulsão se fazem, de modo basilar, no caso humano, em relação ao *siv*, ao *intersiv* (interação mental) e ao *intersiv* exteriorizado (interação social).

O elemento *s* (sentimento) se move basicamente em agradabilidade e em desagradabilidade, as quais ocorrem, respectivamente, em função da ideia de semelhança (agradabilidade) e de dessemelhança (desagradabilidade) com o que se aceita em um dado momento.

“Sentimento de justiça ou de justeza”, “sentimento do belo”, “sentimento de felicidade”, “sentimento de paz”, são expressões vocabulares, redutíveis todas, em termos científicos, a sentimento de agradabilidade.

Felicidade é simplesmente o sentimento de agradabilidade. Paz é simplesmente o sentimento suave e intenso de agradabilidade.

Repare-se: se o conflito (luta) é, dos processos de afastamento no espaço da interação social, o explicável pela maior ideia de dessemelhança entre os polos interagentes e, assim, o mais disfórico (desagradável) desses processos, no extremo oposto, a paz é o processo social de aproximação explicável pela maior ideia de semelhança entre os polos interagentes, e, desse modo, o mais eufórico (agradável) dos processos de aproximação, com o máximo de relativa suavidade afetiva. Um contínuo básico da distância social teria quatro polos, no sentido decrescente da distância: conflito, competição, cooperação e paz.

Mas como se processariam, tentando-se rigor axiomático, os movimentos de atração (aproximação) e de repulsão (afastamento) entre polos de interação mental (*intersiv*) e entre polos de interação social (*intersiv exteriorizado*)?

Cumpra não confundir: se não é possível um determinismo de fenômenos sociais particulares, como os econômicos, os políticos e até os de crença (que são mais gerais que os primeiros), *pode muito bem existir um determinismo das categorias mais altamente genéricas, como ideia, sentimento, vontade, semelhança, distância mental, distância social*. Categorias essas muitíssimo gerais, como energia, matéria, massa, distância física.

Todavia, considerando objetivamente semelhanças e dessemelhanças, o máximo que se poderia afirmar é que a semelhança provavelmente atrai e a dessemelhança provavelmente afasta. Assim, teríamos a proposição somente estocástica (somente probabilística): *quanto maior a semelhança objetiva entre polos interativos, mentais ou sociais, tanto menor, provavelmente, a distância entre eles*.

Entretanto, tudo indica que é possível obter, quanto ao mental e ao social, pelo menos um determinismo subjetivo, isto é, baseado na avaliação subjetiva dos atores. De logo se observe que a muito abrangente ideia de semelhança com o

¹⁶ BOUDON, Raymond. *Interview*: Cynthia Lins. [Texto digitado]. September, 21. Paris: 1995. p. 3.

que se aceita – seja correta ou incorreta, racional ou irracional, essa ideia – sempre causaria aproximação nos espaços mental e social. As pessoas e grupos de qualquer tamanho sempre se aproximariam e *sempre* se afastariam do que, respectivamente, considerem mais semelhante ou mais dessemelhante do que aceitam.

E será viável obter até mesmo um determinismo objetivo, porque referido a sentimento (abstraido o elemento ideia), como se verá logo adiante.

Poderíamos, então, científica e deterministicamente, ter, sobre distância mental e sobre distância social, um postulado, isto é, uma proposição básica comprovada ou comprovável, da qual seria possível deduzir proposições menos gerais (teoremas). Esse postulado, de forma simplificada, seria o seguinte: *quanto maior a semelhança entre um polo de interação mental ou de interação social (tal como avaliada por ele em função do que aceita) e outro ou outros polos de interação mental ou de interação social, menor a distância do primeiro em relação ao outro ou outros. Isso sempre ocorreria.*

Essa lei poderia explicar *qualquer* movimento de aproximação no espaço da interação mental ou no espaço da interação social (máximo de abrangência nesses espaços).

Outro postulado, basicamente, porém não exclusivamente psicológico, seria ainda mais geral: *quanto maior for a ideia de semelhança que o ator de uma conduta humana, mental ou social, tenha, maior a agradabilidade sentida por ele, e, quanto maior esta, mais será desejada por ele.* Isso também sempre ocorreria (proposição determinística).

Poder-se-ia ter ainda um postulado, *totalmente objetivo e determinístico, porque referido apenas a sentimento: o sentimento de agradabilidade, ou de preponderante agradabilidade, diante de algo, sempre causa, respectivamente, aproximação ou uma resultante de aproximação, em direção a esse algo, no espaço mental e no espaço social.*

Em sentido inverso, *sendo premissas a ideia de dessemelhança (com o que se aceita), ou a de-*

sagradabilidade do sentimento, os postulados explicariam qualquer movimento de afastamento no espaço mental ou no espaço social.

Na verdade, não parece racional a descrença pessimista quanto ao modelo dedutivo-nomológico¹⁷, na medida em que ela repousa sobre a escassez ou falhas de leis até agora apresentadas sobre o social – e, poder-se-ia acrescentar, também sobre o mental –, pois isso não é necessariamente impeditivo de novas eventuais descobertas.

E caberia uma observação fundamental: a de que em ciência, o determinismo altamente provável tende a se aproximar da evidência – uma vez “descoberto” esse determinismo. A alta probabilidade paga o preço da aproximação da evidência. Esse mesmo preço se paga pelos postulados acima sugeridos. Mas também na Física isso pode ocorrer.

Como na clássica lei da gravitação universal de Newton: nesta lei, apesar de sua importância e elegância, no fundo se tenderia ao óbvio de que quanto mais massa e menos distância, mais atração. Ou como na importante equação da energia de Einstein, na qual permanece a tendência ao óbvio, pois a energia variaria na razão direta da massa e da velocidade.

Contudo, a obviedade só surge *depois* da “descoberta”. Como lembrava Newton, “a Natureza se contenta com simplicidade, e não gosta da pompa de causas supérfluas”¹⁸. Não valeria isso também para a pesquisa científica do mental e do social?

6 ALGUNS TEOREMAS DE INTERESSE EXPLICATIVO MAIS GERAL PARA A PESQUISA EM DIREITO

Trata-se agora de expor alguns teoremas de um modelo teórico-unificado mental-social, teoremas esses deduzidos dos postulados já referidos. Naturalmente outros teoremas – de interesse para a explicação mais geral da pesquisa em direito – são ainda dedutíveis.

¹⁷ UDEHN, Lars. The changing face of methodological individualism. *Annual Review of Sociology*, 28, 2002. p. 502.

¹⁸ NEWTON, Sir Isaac. *Mathematical principles of Natural philosophy*. Translated by Andrew Motte and revised by Florian Cajori. Chicago-London-Toronto: William Benton, Publisher, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1955. p. 270.

É de notar-se que aqueles axiomas (postulados) altamente genéricos abrangem simultaneamente o mental e o social, microfenômenos sociais e macrofenômenos sociais. Assim, a possibilidade de correspondente amplitude permanece aberta para muitos teoremas deduzidos ou dedutíveis deles, embora, é claro, teoremas sejam necessariamente menos genéricos que postulados.

Repare-se que se chamamos “direito” o composto *siv* (composto sentimento e ideia e vontade) cujo elemento *s* é sentimento de dever ser (= sentimento de agradabilidade = sentimento de justiça ou de justeza) e cujo elemento *i* é conhecimento de acordo com a ciência empírica (fática), as proposições 1, 7, 8, 9 e 23, adiante mencionadas, seriam teoremas mais diretamente relativos a uma teoria científico-substantiva do direito, e também, embora menos diretamente, os teoremas 2, 3, 5, 11, 12, 14-21¹⁹.

De interesse explicativo para a pesquisa em direito, alguns teoremas básicos em conexão com os postulados anteriormente mencionados seriam os seguintes (tal como expressos de maneira simplificada):

1. (Nos polos de interação mental ou social), o que se conhece como correspondente a padrões do correto e/ou do belo (aceitos pelo que conhece), sente-se como agradável e o oposto a isso como desagradável. E o sentimento é tanto mais agradável ou desagradável (respectivamente), quanto maior se considere a correção e/ou beleza ou incorreção e/ou não beleza.

2. Na interação mental ou social, se a ideia de semelhança (com o que é aceito pelos polos interagentes) prevalece sobre a ideia de dessemelhança, o respectivo sistema de interação está equilibrado (contrabalançado); e inversamente.

3. Na interação mental ou social, se há equilíbrio permanente do sistema interativo, o processo resultante é associativo (integrativo).

4. Na interação mental ou social, quanto maior a semelhança (preponderante) entre os polos interativos (tal como definida em função

do que aceitam), tanto maior o equilíbrio do sistema correspondente de interação.

5. Se a ideia de semelhança entre polos interagentes é maior do que a necessária para o (simples) equilíbrio permanente do sistema de interação mental ou social, o processo mental ou social (resultante) é da maior agradabilidade (= maior suavidade afetiva = paz).

6. Quanto maior a paz do sistema de interação mental ou social, maior o equilíbrio desse sistema.

7. Quanto maior a padronização (uniformização) do elemento “ideia” de polos interativos mentais ou sociais, tanto maior a semelhança entre esses polos e tanto maior o equilíbrio do sistema correspondente de interação.

8. Se polos interativos mentais ou sociais têm o seu elemento “ideia” padronizado de maneira científico-empírica, (nessa medida) há a máxima possibilidade de convicção de que esse elemento “ideia” corresponda à realidade e, portanto, a máxima possibilidade de padronização de tal elemento “ideia”; conseqüentemente, há a máxima possibilidade de equilíbrio do sistema correspondente de interação (= máxima possibilidade de paz).

9. Se um composto *sentimento* e ideia e vontade tem seu elemento “ideia” de acordo com a ciência empírica atual (menor possibilidade de imprecisão e incerteza), é aceito ou tende a ser aceito como obrigatório em um sistema de interatos mentais ou sociais.

10. Se polos interagentes têm o seu elemento ideia padronizado, inclusive científico-empiricamente, na extensão dessa padronização, o elemento *sentimento*, no sentido geral do sentimento de agradabilidade, é o fator principal da mudança (alteração menor ou maior) do sistema de interação mental ou social correspondente (e não já o elemento ideia que, nessa extensão, pode ser considerado uma constante).

11. Quanto maior o equilíbrio de um sistema de interatos mentais ou sociais, tanto mais prontamente ele controla qualquer acontecimento

¹⁹ Sobre essa definição do direito, ver resumo em SOUTO, Cláudio. Ciência e saberes jurídicos: enfrentando o objeto. In: STAMFORD DA SILVA, Artur (Coord.). *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 25-36. Para uma análise da perspectiva, ver: OLIVEIRA, Luciano. Cláudio Souto: um pensador afável mas ousado. In: _____ (Coord.). *Natureza, mente e direito: para além do usual acadêmico*. Recife: Nossa Livraria, 2009, *passim*.

que possa perturbar a ideia de semelhança integrativa do sistema.

12. Em uma interação mental ou social, quanto menor a distância do(s) polo(s) interativo(s) de outro(s) polo(s) interativo(s), tanto menos energia será necessária para comunicação e controle.

13. Na interação mental ou social da paz, há o mínimo de energia necessária para comunicação e controle.

14. Quanto mais a socialização (exposição a padrões sociais) se faça no sentido da semelhança entre polos de interação mental ou social, tanto maior o equilíbrio do sistema de interatos correspondente a tais polos.

15. Quanto mais a socialização se faça no sentido da semelhança entre polos de interação mental ou social, tanto mais paz.

16. Na medida em que a socialização se faça em termos de dessemelhança entre polos de interação mental ou social, nessa medida o(s) polo(s) assim socializado(s) tenderá (ão) a conduta desequilibrante do sistema de interatos correspondente àqueles polos.

17. No afastamento pela ideia de dessemelhança (com o que se aceita) entre polos interativos mentais ou sociais, quanto maior o afastamento maior a desagradabilidade. E quanto maior a desagradabilidade, tanto maior a tendência para o conflito (conflito mental: conflito interno, ou conflito social: luta).

18. Na aproximação pela ideia de semelhança (com o que se aceita) entre polos interativos mentais ou sociais, quanto maior a aproximação, maior a agradabilidade. E quanto maior a agradabilidade, tanto maior a tendência para a cooperação e a paz.

19. Quanto maior a cooperação e sobretudo quanto maior a paz, maior a estabilidade da integração mental e social. E quanto maior a competição ("luta pacífica", processo de afastamento nos espaços mental e social), maior a instabilidade da integração mental e social.

20. A competição e o conflito, que são pro-

cessos de afastamento nos espaços mental e social, podem servir a processos associativos (integrativos) apenas no sentido de prevenir um afastamento ainda maior nesses espaços.

21. A intensidade de atração do composto *siv* (composto sentimento e ideia e vontade) comunicado na interação mental ou social é tanto maior quanto maior sejam a agradabilidade que lhe corresponda e a desagradabilidade que corresponda ao composto *siv* que lhe seja desviante.

22. Na interação mental ou social da paz há o máximo de intensidade de atração do composto *siv* comunicado.

23. Se um sistema de interatos mentais ou sociais é considerado essencialmente (principalmente) justo por um ou mais polos interativos (e portanto essencialmente semelhante ao que eles aceitam), tais polos experimentam uma situação de relativa e saudável suavidade afetiva. Caso contrário, as situações oscilantes de agradabilidade e desagradabilidade, sobretudo as de desagradabilidade, desde que não são situações relativamente suaves, favorecem condições patológicas no indivíduo e conseqüentemente no sistema sociointerativo.

Para uma noção do poder explicativo e da operacionalização experimental do presente modelo unificado, veja-se o que se escreveu sobre modelo teórico-geral do social²⁰. Pois este último modelo e o unificado são claramente afins e só se distinguem pelo nível de generalidade. O modelo unificado tem muito alto poder explicativo, parecendo abranger toda a conduta humana.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis; ARNAUD-DUC, Nicole. Dogmatique juridique. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

²⁰ SOUTO, Cláudio. Axiomatic reason in sociology and in sociology of law. In: FARALLI, Carla; PATTARO, Enrico (Ed.). *Reason in law*. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. III. p. 119-126 e SOUTO, Cláudio. *Teoria sociológica geral: uma fundamentação mais abrangente*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 2006. p. 182-208.

BAZARIAN, Jacob. *Introdução à sociologia*. As bases materiais da sociedade. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

BOUDON, Raymond. *Interview*: Cynthia Lins. [Texto digitado]. September, 21. Paris: 1995.

_____. Beyond rational choice theory. *Annual Review of Sociology*, 29, 2003.

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

ELSTER, Jon. *Alchemies of the mind: rationality and the emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

HOMANS, George Caspar. *Social behavior: its elementary forms*. New York: Harcourt, Brace & World, 1961.

LEVINE, Andrew; SOBER, Elliot; WRIGHT, Erik Olin. Marxism and methodological individualism. *New Left Review*, 162, march/april 1987.

NEWTON, Sir Isaac. *Mathematical principles of natural philosophy*. Translated by Andrew Motte and revised by Florian Cajori. Chicago-London-Toronto: William Benton, Publisher, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1955.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: _____ (Coord.). *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____. Cláudio Souto: um pensador afável mas ousado. In: _____ (Coord.). *Natureza, mente e direito: para além do usual acadêmico*. Recife: Nossa Livraria, 2009.

OPP, Karl-Dieter. The individualistic research program in sociology. In: GERHARD, Radnitzky (Ed.). *Centripetal forces in the sciences*. New York:

Paragon House, 1988. v. II.

SOUTO, Cláudio. *O que é pensar sociologicamente*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987.

_____. Axiomatic reason in sociology and in sociology of law. In: FARALLI, Carla; PATTARO, Enrico (Ed.). *Reason in law*. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. III.

_____. *Teoria sociológica geral: uma fundamentação mais abrangente*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 2006.

_____. Ciência e saberes jurídicos: enfrentando o objeto. In: STAMFORD DA SILVA, Artur (Coord.). *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Curitiba: Juruá, 2007.

STAMFORD DA SILVA, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

SZOSTAK, Rick. Classifying natural and social scientific theories. *Current Sociology*, v. 51 (1), jan., 2003.

THYE, Shane R. Reliability in experimental sociology. *Social Forces*, 78 (4), june 2000.

UDEHN, Lars. The changing face of methodological individualism. *Annual Review of Sociology*, 28, 2002.

WEBER, Max. *Rechtssoziologie* (aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann). Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag, 1960.

2 PESQUISAS SOCIOJURÍDICAS

PRÁTICAS DO JUDICIÁRIO NA GESTÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DE GÊNERO:

O CASO DA INTERVENÇÃO COM AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASILⁱ

Andrea Catalina Leónⁱⁱ
Gabriela Stelletⁱⁱⁱ

Sumário: 1 Introdução: contexto jurídico – político sobre o enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres no Brasil. 2 Estratégias de intervenção com homens autores de violência de gênero no contexto latino-americano. 3 Medidas socioeducativas para homens autores de violência doméstica contra as mulheres no Brasil. 4 Aproximação ao campo. 5 Reflexões finais: situando o assunto no contexto do debate sobre a judicialização das relações sociais e a gestão das políticas judiciais. Referências.

Resumo

O presente trabalho, a partir da revisão bibliográfica e dos dados de violência doméstica e da análise dos órgãos encarregados de proteger as mulheres, concentra-se no estudo das políticas públicas voltadas para a prevenção da violência contra as mulheres, partindo da experiência do Estado do Rio de Janeiro. Focada em estratégias de intervenção para homens autores de violência, a aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) traz à tona a discussão sobre o diálogo e

ⁱ O presente trabalho expõe avanços do projeto de pesquisa em andamento, intitulado “Articulação entre o sistema de justiça e os serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência no âmbito da Lei Maria da Penha no Estado do Rio de Janeiro”, aprovado e financiado pelo CNPq no âmbito da chamada pública MCTI/CNPq/SPM-PR/MDA Nº 32/2012. O projeto de pesquisa está sendo desenvolvido por pesquisadoras do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF) e pertence à linha de pesquisa “Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas” do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). As coautoras do presente trabalho integram a equipe de pesquisa do projeto, sob coordenação e orientação do Prof. Dr. Delton R. S. Meirelles.

ⁱⁱ Mestranda e bolsista CAPES/DS no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF), na linha de pesquisa “Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas”. Pesquisadora do LAFEP/UFF. E-mail: catalinala7@gmail.com.

ⁱⁱⁱ Bacharelada em Direito na UFF e pesquisadora do LAFEP/UFF. E-mail: gabistellet@hotmail.com.

cruzamento de políticas públicas implementadas pelos Poderes Judiciário e Executivo, além da iniciativa privada, no âmbito da segurança pública, e o fluxo de significados em torno dos conflitos que envolvem violência contra as mulheres, observáveis nas práticas que concretizam as políticas judiciárias. Foca-se, igualmente, na estimulação de ações que compreendam a complexidade das relações de gênero e a necessidade de incorporação de estratégias preventivas, e não exclusivamente da política penitenciária com ênfase na instituição prisional, no contexto da gestão das políticas públicas com enfoque no tema “justiça e gênero”. Interessa, assim, procurar respostas a algumas questões específicas que norteiam, por sua vez, o problema principal: quais são os critérios jurídico-processuais utilizados e as práticas desenvolvidas pelos juízes ao encaminharem os homens autores de violência contra as mulheres para os serviços de responsabilização e educação nos diferentes casos? Como se desenvolve na prática o diálogo dos juízes com os diferentes atores e setores envolvidos na implantação das medidas socioeducativas para os autores de violência doméstica? Ligado às reflexões sobre o fenômeno da expansão do direito penal (GARLAND, 2001) e usando as contribuições teóricas que levam em consideração a perspectiva de gênero na análise da criminalização da violência de gênero (LARRAURI, 1991, 2004; MAQUEDA, 2008; SOARES, 1999; GREGORI, 1992; RIFIOTIS, 2012), o estudo propõe discutir a aplicabilidade da justiça restaurativa em casos de violência de gênero, seguindo as propostas conceituais que conjugam as noções de apoio, reparação e participação das partes envolvidas e da comunidade (MACCOLD; WACHTEL, 2003). Aliás, examina se as medidas socioeducativas, enquanto decorrentes da intervenção punitiva estatal, têm a virtualidade de promover a efetivação de direitos e a transformação dos padrões socio-culturais de gênero, levando em consideração os debates atuais sobre a judicialização das relações sociais (WERNECK et al., 1999; NEVES, 2012; CARDOSO, 2012), o poder simbólico do Direito (BOURDIEU, 1990) e seu impacto no cotidiano das relações de gênero e familiares (COOK, 2010; WEST, 2000; DE SOUZA, 2008). Visando

responder tais indagações, a pesquisa de campo em andamento, está sendo utilizada de maneira fundamental, de modo a analisar, na prática, o funcionamento dos Juizados especializados em casos que envolvem violência de gênero.

Palavras-chave: Violência doméstica. Medidas socioeducativas. Justiça restaurativa.

Abstract

The work presented, starting from bibliographic revision of national and foreign literature, from verification of judicial decisions, from accounts of people involved in cases of domestic violence and from the analysis of bodies tasked with protecting women, is concentrated on the study of public policies aimed at prevention of violence against women, based on the experiences of the State of Rio de Janeiro. Focussed on intervention strategies for male perpetrators of violence, the application of Law 11.340/2006 (The Maria da Penha Law) raises the discussion about dialogue and the crossing of political policies implemented by the Judiciary and Executive Power, as well as private initiative, in the sphere of public security, and the flow of meanings around conflicts that involve violence against women observed in practices that implement judicial policies. It focuses equally on the stimulation of actions that understand the complexity of gender relations and the necessity to incorporate preventative strategies, and not exclusively penitentiary policies with emphasis on correctional institutions, in the context of the management of public policies, focussing on the theme “justice and gender”. It is therefore of interest to seek answers to several specific questions that, in turn, guide the main problem: what are the legal-procedural criteria being used and the practices being developed by judges in order to forward male perpetrators of violence against women to services of accountability and education in different cases? How can the dialogue of judges with different actors and sectors involved in the implantation of socio-educational measures for perpetrators of domestic violence be developed practically? Linked to reflections about the phenomenon of expansion of penal law (GARLAND, 2001) and using theo-

retic contributions which take into consideration the perspective of gender in the analysis of the criminalization of gender violence (LARRAURI, 1991, 2004; MAQUEDA, 2008; SOARES, 1999; GREGORI, 1992; RIFIOTIS, 2012), the study aims to discuss the applicability of restorative justice in cases of gender violence, following conceptual proposals that combine notions of support, reparation and participation of the sides involved and of the community (MACCOLL; WACHTEL, 2003). Furthermore, it examines whether socio-educational measures, while arising from punitive state intervention, have the distinction of promoting the enforcement of rights and the transformation of socio-cultural standards of gender, taking into consideration current debates around the judicialisation of social relations (WERNECK *et al.*, 1999; NEVES, 2012; CARDOSO, 2012), the symbolic power of Law (BOURDIEU, 1990), and its impact on the day to day relations between gender and relatives (COOK, 2010; WEST, 2000; DE SOUZA, 2008). In order to answer such questions, the field study in progress is being used on a basic level, in order to analyse, in practice, the operation of specialised courts in cases which involve gender violence.

Keywords: Domestic violence. Socio-educational measures. Restorative justice.

1 INTRODUÇÃO: CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO SOBRE O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha” (LMP), teve suas raízes na história de uma mulher que durante anos sofreu agressões por parte de seu marido, chegando a sofrer duas tentativas de homicídio. Após denunciar o agressor, este foi condenado, cumprindo dois anos de pena de prisão. A “solução” do Estado, insuficiente para apagar as cicatrizes que a violência conjugal deixou em sua vida, motivou sua denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conferindo ao tema repercussão internacional.

Dita iniciativa, impulsionada pelo movimento de mulheres e seguida de um destacado processo de discussão com os diferentes Poderes Públicos, deu origem ao projeto de lei que se consolidou com a LMP. Dentre as principais inovações, a LMP elenca uma série de medidas protetivas que objetivam resguardar as vítimas de violência, englobando a mulher e a família como um todo, mas levando ao debate público a compreensão da violência doméstica e familiar como um problema que afeta particularmente a mulher, em decorrência das relações de gênero enxergadas como relações assimétricas de poder.

A disparidade com a normativa internacional e a forma como o Estado, particularmente o Judiciário, tratava esta matéria no âmbito interno, constituiu-se em argumento proeminente para que o movimento feminista no Brasil perseguisse a criação de mecanismos que garantissem um tratamento especial à questão. Avalia Lavigne¹ que a utilização da Lei de nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – é óbice para isso, enquanto sua recorrência, nos casos de violência doméstica, enquadrados como de ‘menor potencial ofensivo’, mitigaria a importância da proteção primordial aos direitos humanos, em nome de uma resolução de conflitos mais célere, porém ineficaz, e centrada no *quantum* da

¹ LAVIGNE, R. M. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário. In: CUNHA, J. R. (Org.). *Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil*. Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: FGV Direito Rio, 2010.

pena, esquecendo a natureza e a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Assim, para o movimento das mulheres no Brasil, a LMP representa um ganho não resumido à edição de uma lei. A luta, para além das leis ou programas, é contra uma condição dada historicamente pela desigualdade e pelo preconceito que afetam particularmente a mulher, estruturas de dominação que não se transformam através da legislação².

Nesse sentido, a LMP consistiria em um horizonte de expectativas em face dos modos de operação dos Poderes Públicos na gestão dos conflitos que envolvem violência de gênero, que refletem e retroalimentam a forma como o conjunto social compreende o fenômeno da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Dito processo de compreensão e de gestão, desenvolve-se nas práticas e na correlação de forças que se mobilizam por ocasião da aplicação da lei, sem esgotar-se nela.

2 ESTRATÉGIAS DE INTERVENÇÃO COM HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Na América Latina, as legislações nacionais têm seguido a tendência global de se adaptar ao marco internacional de proteção dos Direitos Humanos, incorporando e desenvolvendo os elementos contidos nos instrumentos de proteção dos direitos das mulheres, principalmente na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

A “Campanha do Secretário Geral das Nações Unidas para pôr fim à violência contra as mulheres na América Latina” descreve essa pro-

gressão em duas fases³: na última década do século XX, um grupo de países adotou leis para sancionar a violência no âmbito familiar, sendo que a mulher é um dos sujeitos mais afetados por essa forma de violência, mas não voltadas especificamente à proteção dos direitos das mulheres⁴. No fim da primeira década do século XXI emergem leis “de segunda geração”, referidas à “violência contra a mulher” – não à “violência doméstica ou familiar” em geral –, priorizando o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos individuais, independente do papel por ela desempenhado na família. Mudou-se assim o paradigma da proteção prevalente da família sem consideração aos direitos individuais dos sujeitos que a conformam e introduzindo medidas integrais de prevenção e atenção, além da sanção.

Contudo, inexistem estudos na América Latina que ofereçam uma visão de conjunto na região sobre a criação e implantação de programas de intervenção com homens autores de violência doméstica contra as mulheres (HAV), em decorrência dos avanços legislativos mencionados. Identificamos, todavia, que no grupo de legislações da “segunda geração”, seis delas contêm referências explícitas a programas ou medidas de intervenção com HAV. Os enfoques e critérios de competência institucional são variados, mas confluentes ao se ligarem com maior acento à atuação do Judiciário. (No Quadro 1, apresentado no fim deste trabalho, visualiza-se um resumo das variantes das legislações especiais de diferentes países latino-americanos).

São escassos também os documentos descritivos da metodologia, base conceitual e resultados dos programas desenvolvidos. Destaca-se a experiência chilena, na qual, em decorrência da legislação sobre violência intrafamiliar, têm-se implantado programas pilotos de intervenção com homens que exercem violência conjugal contra a mulher. Como consultado no docu-

² LAVIGNE, R. M. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário. In: CUNHA, J. R. (Org.). *Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil*. Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais.

³ Descrição detalhada em: AMERICA LATINA GENERA. *Avances en materia de legislación*. Disponível em: <http://www.americlatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=99>. Acesso em: 24 jul. 2014.

⁴ Todos os países latino-americanos adotaram leis para combater a violência doméstica ou familiar, antes de finalizar o século XX, com exceção de Paraguai e Uruguai, que o fizeram no início do século XXI.

mento oficial que os descreve⁵, ligam-se às políticas judiciária, de segurança pública e penitenciária. Porém, mesmo levando em consideração componentes de prevenção e de saúde pública, dependem principalmente do encaminhamento judicial – suspensão condicional do processo e pena alternativa com liberdade vigiada.

Apesar da ausência de estudos comparativos na região, identificamos que o recurso às medidas educativas para os HAV encontra-se vinculado, como elemento comum, à Justiça Criminal. Mesmo que as leis especiais insiram um enfoque de atuação em rede dos Poderes Públicos, predomina a intervenção judicial para a imposição das medidas, reduzindo-se o campo de atuação das demais instâncias públicas.

3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PARA HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES NO BRASIL

Em dois artigos da LMP, o Legislador se pronunciou de modo a promover a participação do agressor em programas de (re)educação, reabilitação ou recuperação, inseridos na rede de atendimento. O artigo 35, inciso V, faculta o Poder Executivo – União, Distrito Federal, Estados e Municípios – para “criar e promover, no limite das respectivas competências[...]centros de educação e de reabilitação para agressores”.

Essa atribuição não importa “mera faculdade, mas obrigatoriedade que os entes públicos têm na criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar”, envolve também medidas de ressocialização para o agressor.⁶

Por sua vez, o artigo 45 modifica o art. 152 da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – assim: “Art. 152 [...] Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça

(CNJ), tal medida se configura como uma das principais inovações introduzidas pela LMP. Portanto, envolve também a questão da “atenção” ao “homem-agressor” Essa abordagem adicional se integra às medidas preventivas de novos fatos de violência e, destarte, somar-se-ia às estratégias de proteção da mulher, sem isolar o homem autor de violência (HAV) no tratamento punitivo e prisional.

Tratar-se-ia, contudo, de uma “atenção” não equivalente à que o Estado deve ter pela vítima, de amparo e proteção, como sujeito especialmente vulnerável; “atenção” no sentido de evitar que o HAV continue a violentar a mesma ou outras mulheres, e coerente com a finalidade de ressocialização da sanção penal.

Consequentemente, os programas de “reeducação”, “reabilitação” ou “recuperação” para os HAV viram assunto fundamental, ao terem como escopo ajudá-los a compreender o fato, suas causas e os danos causados nas suas vítimas.

Para além da análise de política criminal – que não é o problema central aqui –, este trabalho pretende enxergar adicionais questões quanto à concretização desses dispositivos legais e a confluência de visões, abordagens e modos de atuação pública, entendendo que a gestão pública dos conflitos constitui um dos principais cenários de fluxo e transmissão de significados e compreensões sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Sem esquecer, aliás, que os dispositivos legais em questão, anunciam a interface entre a atuação do Executivo e do Judiciário. A primeira, desenvolvida através de programas ou políticas nos níveis municipal, estadual e federal, e a segunda, no contexto da atuação judicial propriamente dita, principalmente na fase de execução penal.

Na base da revisão dos documentos de política pública e de operacionalização institucional, consideramos que se entreluzem certos desencontros que permitem problematizar como se desenvolve na prática essa atuação em rede que tanto é badalada para a real efetivação da

⁵ HURTADO, M. T.; MORALES, A. M.; QUINTANILLA, A. (Ed.) *Los programas de intervención con hombres que ejercen violencia contra su pareja mujer. Fundamentos teorico-criminologicos, evidencia internacional de su efectividad y evaluación de impacto de un programa en Chile*. 2012. Disponível em: <http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20120816115651.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁶ MELLO, Adriana Ramos de. *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007. p. 139.

LMP, especificamente se tratando de colocar em questão a intervenção com HAV.

Partindo de uma primeira aproximação aos documentos institucionais que descrevem os modos de atuação dos diferentes atores estatais envolvidos na efetivação da LMP, encontramos algumas divergências nos discursos ‘oficiais’, como exporemos a seguir.

Segundo o teor da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), órgão da Presidência da República, define-se a rede de atendimento como:

A atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando à ampliação e melhoria da qualidade do atendimento; à identificação e encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência e ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção. A constituição da rede de atendimento busca dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e do caráter multidimensional do problema, que perpassa diversas áreas, tais como: a saúde, a educação, a segurança pública, a assistência social, a cultura, entre outros.⁷

E, especificamente, refere-se à criação dos centros para agressores, nomeando-os como “Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor”⁸, transparecendo certa discordância com a nomeação legal, consoante com o desconforto que produz para certos setores o termo “reabilitação”, uma vez que estaria atrelado a um conceito ligado a questões salutares, associando o agressor a um portador de deficiência. O documento de proposta de implantação desses serviços, elaborado pela SPM, explicita dita tensão:

A concepção de um ‘centro’ traz no seu bojo a ideia de um espaço de ‘atendimento’ ao agressor, semelhante aos Centros de Referência da Mulher e aos Centros

de Referência de Assistência Social. Todavia, o objetivo precípuo do serviço de responsabilização e educação do agressor é o acompanhamento das penas e decisões proferidas pelo juízo competente no que tange ao agressor. Portanto, o serviço tem um caráter obrigatório e pedagógico e não um caráter assistencial ou de ‘tratamento’ (seja psicológico, social ou jurídico) do agressor.

[...]

A partir dessa perspectiva, os Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor devem buscar o questionamento das relações de gênero que têm legitimado as desigualdades sociais e a violência contra as mulheres, por meio de atividades educativas, reflexivas e pedagógicas vinculadas à responsabilização dos agressores.⁹

Visando à “recuperação” dos HAV, alguns institutos brasileiros criaram metodologias para auxiliar a efetividade do serviço eles oferecido, bem como sua responsabilização; são os chamados Grupos Reflexivos (GR), implantados, dentre outras instituições, pelo Instituto de Estudos da Religião (ISER) e pelo Instituto NOOS, no Estado do Rio de Janeiro.

Costa e Silva¹⁰ descrevem a metodologia aplicada pelo ISER e enfatizam as estratégias de avaliação, focando a questão da reincidência. Ainda, na esfera da reincidência, o Instituto NOOS¹¹ lista como o primeiro resultado dos GR realizados: “Os participantes dos grupos assumem sua responsabilidade e interrompem as diferentes formas de violência, resultando em baixa reincidência [...]”.

Desse modo, percebe-se que “responsabilização” e “reincidência”, traçam o foco da atuação pública, embora não ajustados à nomenclatura literal inserida nos artigos 35 e 45 da LMP, enquanto o termo “reabilitação”, cuja crítica fora exposta acima, é frequentemente rejeitado como sustento dos programas voltados para os HAV.

⁷ BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. 2011. p. 29. Disponível em: <<http://spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

⁸ BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. 2011. p. 16. Disponível em: <<http://spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

⁹ BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. 2011. p. 16. Disponível em: <<http://spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

¹⁰ COSTA, D.; SILVA, S. Reflexiones sobre la evaluación de intervenciones con hombres autores de violencia contra la mujer. En: MENJIVAR, M. *¿Hacia masculinidades transfügas? Políticas públicas y experiencias de trabajo sobre masculinidad en Iberoamérica*. San José, Costa Rica: FLACSO, 2012. p. 111 et seq.

¹² INSTITUTO NOOS. *Grupos reflexivos de gênero*. Disponível em: <<http://www.noos.org.br/portal/grg>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

4 APROXIMAÇÃO AO CAMPO

A implantação dos serviços voltados para os HAV apresenta uma dinâmica particular que a simples leitura dos documentos de política pública não permite enxergar. Através da aproximação inicial ao campo e das observações feitas até agora em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) no Estado do Rio de Janeiro¹², identificamos a seguinte progressão:

A aplicação dos artigos 35.v e 45 da LMP, que importaria, em tese, uma interface de políticas públicas no plano da Justiça Criminal – Judiciário – e da Segurança Pública – na órbita do Executivo –, encontra como âmbito de aplicação principal – senão exclusivo – a primeira. A reduzida comunicação com as instâncias governamentais responsáveis pelas políticas de prevenção e segurança, com a rede de atendimento criada pela LMP e com a sociedade civil, acompanha essa tendência. Enfim, um enfoque de prevenção, vinculado ao escopo do artigo 35.v, para além da intervenção do Judiciário e da punição, está ausente.

Por outro lado, o suporte dado inicialmente pelas organizações da sociedade civil com trajetória de longa data no desenvolvimento de estratégias de intervenção com HAV¹³, vem sendo substituído pela acolhida e implantação desses serviços nos JVDFM¹⁴, em cumprimento dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) no documento de “Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores” (2012), que promove a sua implantação nos JVDFM através das equipes técnicas multidisciplinares a eles vinculadas. Destaca-se da justificativa desse documento, fruto do “I Workshop – Grupo Reflexivo de Homens Agressores”, promovido em abril de 2012 pela

Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica do Poder Judiciário do Rio de Janeiro – CEJEM, que recolheu as experiências das equipes multidisciplinares de cinco Juizados e do ISER:

O grande alcance social de caráter inovador da Lei Maria da Penha têm como um dos principais destaques a previsão da adoção de medidas punitivas em relação ao agressor, com vistas à prevenção, redução e interrupção do ciclo de violência, através da inclusão em grupos reflexivos com perspectiva de promover mudanças de atitudes e comportamento sobre a violência de gênero (art. 45 da Lei 11.340/2006).

O trabalho de grupo com homens agressores de violência doméstica e familiar contra a mulher implementado pelo TJ-RJ antecede a promulgação da Lei Maria da Penha, evidenciando a posição de vanguarda por parte de alguns magistrados do Poder Judiciário Estadual.

[...]

A padronização resultou na reunião dos aspectos identificados como comuns a todos os grupos no tocante à estrutura, funcionamento e avaliação, reservando a autonomia das equipes multidisciplinares em relação à escolha da fundamentação teórica, das técnicas adotadas e da adequação dos temas das reuniões à peculiaridade de cada grupo.

[...] conclui-se pela necessidade de ser desenvolvido o Programa em tela para, através de forma planejada e coordenada, sistematizar o trabalho de grupo reflexivo nos Juizados com atribuição das ações de violência doméstica. (CEJEM, 2012)

Contudo, a apropriação dos grupos reflexivos (GR) pelos JVDFM apresenta desdobramentos à margem da padronização de critérios de política institucional, decorrentes da dinâmica particular de administração de conflitos adotada *in situ* pelo Juiz¹⁵.

No caso do JVDFM de Niterói, o encaminhamento dos HAV aos GR decorre de um processo de filtragem que varia caso a caso, não baseado em critérios legais – esses critérios inexistem na LMP – nem na análise substancial do conflito particular ou dos envolvidos. A leitura dos au-

¹² JVDFM de Niterói (RJ), criado em fevereiro de 2011.

¹³ O Instituto NOOS e o ISER desenvolveram este tipo de programa ainda antes da LMP no Estado do Rio de Janeiro.

¹⁴ Essa substituição, no caso do JVDFM de Niterói, foi realizada a partir de janeiro de 2013. Durante o primeiro semestre de 2013 foi realizado o primeiro grupo reflexivo com homens autores, pela equipe multidisciplinar deste juizado, com sete homens participantes (outros três, embora encaminhados pelo juiz, não compareceram).

¹⁵ Apresentamos, aqui, algumas reflexões decorrentes de: entrevistas realizadas de abril a julho de 2013, com funcionárias da equipe multidisciplinar e funcionários do cartório do JVDFM de Niterói, revisão dos autos dos processos que vêm sendo encaminhados aos grupos reflexivos e da observação de audiências.

tos de trinta e dois processos¹⁶ e a observação de trinta e quatro audiências¹⁷ nos leva a identificar preliminarmente decisões standard próprias da racionalidade procedimental penal vinculada à LMP ou a despeito desta, que não dão conta de uma análise substancial e diferenciada nos casos particulares¹⁸.

O espaço da equipe técnica multidisciplinar emerge assim como incidental¹⁹, na dupla função de avaliação técnica dos conflitos mediante entrevistas individuais aos envolvidos no conflito, e de execução dos GR para os HAV encaminhados.

Com efeito, o encaminhamento, quer para avaliação técnica, quer para participação no GR, é pouco frequente. Diante da pergunta sobre os critérios que o Juiz leva em consideração para tanto, uma vez que os autos e as audiências dizem pouco a esse respeito, os funcionários do cartório e da equipe multidisciplinar percebem-no como aleatório.

No entanto, na pesquisa em andamento, utilizando-se o recurso etnográfico, alguns sinais emergem, por enquanto como aparentes fatores determinantes da submissão dos casos à dita avaliação e/ou para classificar um HAV como candidato ao GR: a “rubrica” do agente do Ministério Público e as “oitivas informais”.

A “rubrica” da Promotora cumpriria a função de traduzir e legitimar perante o Juiz a voz da equipe “técnica”. Essa voz, estranha ao “campo jurídico”, registra-se em relatórios que apresentam as considerações finais da análise feita e regularmente contemplam sugestões para dar um tratamento diferenciado no caso. No entanto, o diálogo entre aquela racionalidade técnica-psi-cossocial e a racionalidade jurídica-processual do Juiz acontece no meio a uma ordem hierárquica

que filtra, classifica e arranja. A Equipe Técnica “sugere”: “Sugerimos que o autor faça parte dos grupos reflexivos”. A Promotora lê, traduz e “opina”: “Pelo encaminhamento ao grupo reflexivo”. O Juiz “decide”: “Determino o encaminhamento para o grupo reflexivo de homens em situação de violência doméstica realizado pela equipe técnica vinculada a este Juizado. Mantenham-se os autos à disposição da coordenação da equipe, voltando-me conclusos com o relatório final”.

No entanto, “oitivas informais” que ocorrem à margem do processo permeiam esse exercício de filtragem. De acordo com as entrevistas feitas, algumas mulheres *motu próprio* se aproximaram, quer da Promotora, quer da Equipe Técnica, para conversar e solicitar intervenção ou atenção especial em consideração à gravidade do caso ou em razão da atualização da dinâmica do conflito²⁰. Também são frequentes os diálogos entre a equipe e a Promotora. Assim, por trás da sugestão da equipe técnica para o encaminhamento ao GR – comumente dentro do procedimento cautelar²¹ –, a Promotora já tinha opinado “pela avaliação da equipe técnica”, motivada em parte pelas oitivas informais.

Finalmente, o encaminhamento dos homens ao GR, embora sujeito sempre à determinação judicial, raramente segue a forma procedimental estabelecida no artigo 45 da LMP²². Vistos os autos dos dezessete processos encaminhados durante 2013 aos GR realizados pela equipe técnica do JVDPM de Niterói, conclui-se que:

(i) somente em um deles o encaminhamento ocorreu em decorrência da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade adotada na sentença condenatória, cujas condições de cumprimento foram especificadas e advertidas ao condenado na audiência ad-

¹⁶ Cinco foram encaminhados ao primeiro grupo reflexivo realizado pela equipe técnica do JVDPM de Niterói em 2013, e mais quatro ao segundo grupo ainda não agendado. Um só com sentença condenatória.

¹⁷ Trinta audiências de retratação (artigo 16, LMP) e quatro de instrução e julgamento, observadas durante o mês de julho de 2013.

¹⁸ Desde a sua criação e até julho de 2013, o JVDPM de Niterói tem sido conduzido por juizes temporários. O último juiz em exercício era titular de um Juizado Especial Criminal (os JECrim são órgãos da Justiça Ordinária criados pela Lei n. 9.099 de 1995 para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de “menor potencial ofensivo”). A seu turno, o artigo 41 da LMP estabelece que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099 de 1995”. Assim, seu exercício como JVDPM esteve marcado por uma tendência de *desjudicialização* por meio da mediação ou de descongestionamento judicial mediante retratação da vítima.

¹⁹ Acepção 1.2 do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: “que acontece de forma fortuita e/ou imprevisível; acidental, eventual, episódico”.

²⁰ “Não quero desistir, mas também não quero que ele seja preso, e também não quero que ele saiba que eu não quero que ele seja preso”, foi uma dessas manifestações.

²¹ Seguido para a imposição de medidas protetivas em decorrência da solicitação encaminhada pela Delegacia que registrou a ocorrência.

²² Isto é, como pena alternativa à prisão na fase da execução penal.

monitória²³;

(ii) em outro, a medida foi deferida por meio do instituto da suspensão condicional do processo;

(iii) nos restantes, o GR emerge como um mero suporte, promovido pela dinâmica de filiação acima descrita, à margem da racionalidade processual-penal: trata-se na maior parte dos casos, de uma medida imposta, sem efeito processual nenhum em caso de descumprimento, comumente no contexto do procedimento cautelar, mas sem possuir a natureza de medida protetiva. Em alguns casos, a participação no grupo deu-se após a decisão de arquivamento da medida cautelar e dependeu principalmente da vontade livre do homem para comparecer;

(iv) nota-se, ademais, que em cinco dos casos encaminhados ao primeiro GR, precederam relatos registrados nos autos, sobre o uso de drogas ou álcool como “motivo presumido” da violência;

(v) por fim, inexistente retorno ao processo sobre a avaliação final da participação no GR, uma vez que não interessa ao curso procedimental. De acordo com as manifestações das integrantes da equipe técnica, ditas avaliações finais não são requisitadas pelo Juiz nem possuem a virtualidade de trazer novos elementos na abordagem judicial do caso. Somente devem ser enviadas ao TJ-RJ, para os fins do monitoramento previsto no documento de padronização dos GR.

5 REFLEXÕES FINAIS: SITUANDO O ASSUNTO NO CONTEXTO DO DEBATE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A GESTÃO DAS POLÍTICAS JUDICIAIS

No Brasil, o debate atual sobre a judicialização das relações sociais discute marcadamente

a “invasão da vida e da política pelo direito”. Conforme exposto por Werneck²⁴, “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”. Dessa ótica, a radicalização do princípio da igualdade, a emergência de novos detentores de direitos, bem como a positivização dos direitos fundamentais, impulsionaram o deslocamento do privado para o público. Essa “publicização” da esfera privada, decorrente da inserção de elementos de justiça social no Direito, acarretou profundos impactos no sistema do Direito, relativizou a separação Estado-sociedade civil e redefiniu a repartição democrática dos Poderes.

O “Estado de Bem-Estar” emergiria assim como cenário único de realização da agenda igualitária dos movimentos sociais. As relações sociais vêm a ser mediadas por instituições políticas democráticas, e retiradas da sociedade civil. É nota característica desse processo a primazia do Executivo em face do Legislativo “ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes”²⁵. A linguagem e os procedimentos do direito tornam-se, portanto, dominantes e o Poder Judiciário erige-se como “única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”²⁶.

Já no âmbito da atuação do Judiciário, consequências adicionais surgem, segundo explica Werneck²⁷: a manutenção de subsistemas sociais autônomos e fechados e a primazia de cláusulas gerais, referências em branco e conceitos jurídicos indeterminados.

À medida que “os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo

²³ Audiência realizada um ano e quatro meses depois de proferida a sentença. À época de elaboração do presente artigo, o GR, aliás, não tinha iniciado. Manifestam as profissionais da equipe que em razão da pequena quantidade de homens encaminhados pelo juiz, o grupo reflexivo demora a iniciar, enquanto se garante um número suficiente de participantes (no mínimo dez) de acordo com as diretrizes do TJ-RJ.

²⁴ WERNECK, L.V. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999. p. 16.

²⁵ WERNECK, L.V. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 20.

²⁶ WERNECK, L.V. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 20.

²⁷ WERNECK, L.V. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 21.

²⁸ GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. M.L. de Carvalho. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2001. (Trabalho original publicado em 1996). p. 22-23.

o Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais [...], os “Guardiões das promessas” – chamados assim por Garapon²⁸ – erigem-se como “portadores das expectativas de justiça”. E o cidadão ativo vira “cidadão-cliente, dependente do Estado”, provocando a perda da democracia. Esse “Judiciário gigante” vem a ser percebido “como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família [...]”²⁹.

Na linha dessas posturas, diversas pesquisas relacionadas à intervenção do Judiciário nos casos de violência doméstica, discutem a aplicação do direito penal, defendendo o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, como a Justiça Restaurativa, incentivadas principalmente pelo elevado número de casos que chegam ao Judiciário e não recebem tratamento adequado. Questionam com veemência a intervenção punitiva.³⁰ Posturas críticas de algumas teorias legais feministas – principalmente da Espanha – contribuem para questionar o uso do direito penal no combate contra a violência de gênero.³¹

Nessa orientação, Aquino, Costa e Porto³² consideram que as práticas restaurativas “podem ser empregadas tanto às mulheres como aos homens” e “demonstram poderosos aliados para a reabilitação desses agentes. Essas experiências possibilitarão um exame detalhado [...] permitindo que o self seja reconstruído e que um conjunto de medidas reparatórias seja dotado”.

A seu turno, partindo das pesquisas sobre o tratamento dos casos de violência conjugal nas Delegacias da mulher, Rifiotis³³ argumenta que, apesar das iniciativas de longo prazo idealizadas, como a atenção ao “agressor” e o combate contra a impunidade no Sistema de Justiça, pesquisas diversas mostram que:

[...] muitas vezes, trata-se de medidas de curto prazo reapropriadas pelas próprias mulheres, ou seja, cujos objetivos gerais são alterados e se aproximam de práticas típicas de mecanismos informais de resolução de litígios.

Resulta de nossas comparações o entendimento de que se segue, de maneira ampla, a linha do acesso à justiça e que as ‘soluções locais’ se articulam em torno da criação de mecanismos de curto prazo que privilegiam a leitura jurídica dos conflitos interpessoais, inscrita num amplo processo social a que chamamos de ‘judicialização’. [...] a judicialização das relações sociais é um processo complexo que envolve um conjunto de práticas e valores pressupostos em instituições como as delegacias da mulher, e que consistem, fundamentalmente, em interpretar a ‘violência conjugal’ à luz de uma leitura criminalizante e estigmatizada, própria à polaridade ‘vítima-agressor’ ou à figura jurídica do ‘réu’. A leitura criminalizadora apresenta, pois, uma série de obstáculos à compreensão dos conflitos interpessoais e à possibilidade de neles intervir.

Na realidade, a judicialização é um processo que não se limita à ‘violência conjugal’ e pode ser traduzido por um duplo movimento: de um lado, a ampliação do acesso ao sistema judiciário; do outro, a desvalorização de outras formas de resolução de conflitos. Paradoxalmente, esse movimento deve ser considerado num quadro de crise do Poder Judiciário e dos limites extremos em que este se encontra, no que diz respeito ao incremento de demandas e da incapacidade em responder a elas. Trata-se de um movimento ambivalente que se expande em áreas da vida social e alcança novos tipos de litígio, ao mesmo tempo em que tende a fortalecer a informalização e a própria desjudicialização, características de movimentos de ‘resolução alternativa de conflitos’, como a mediação, a arbitragem e a conciliação.

Já no que tangencia os estudos acerca dos JVDPM, Marrone³⁴ apresenta dados estatísticos retirados de uma pesquisa de campo realizada em Porto Alegre, que teve como objetivo traçar um perfil da formação da “clientela do JVDPM”, dos inquéritos policiais, das medidas problemáticas e da extinção do processo. Concluiu a autora

²⁹ GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 25.

³⁰ GHIRINGHELLI, R. Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*, v. 23, n. 1, p. 113-135, 2008.

³¹ LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid, Espanha: Siglo Veintiuno, 1991.

³² AQUINO, Q. B.; COSTA, M. M.; PORTO, R. T. (2011). O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, R. (Org.). *Relações de gênero e sistema penal*. Violência e conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porto Alegre, RS: ediPUCRS, 2011. p. 65.

³³ RIFOTIS, T. Violência conjugal e acesso à justiça: um olhar crítico sobre a judicialização das relações sociais. In: SOUZA, A. C. (Coord.). *Antropologia e Direito*. Temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro, RJ: ABA, Contracapa, LACED, 2012. p. 305-306.

³⁴ MARRONE, C. A. Era uma vez um Juizado de Violência Doméstica e Familiar. In: GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, R. (Org.). *Relações de gênero e sistema penal*. Violência e conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porto Alegre, RS: ediPUCRS, 2011. p. 161.

que a maior parte dos processos se extingue sem serem efetivamente solucionados, e sobre isso reflete: “Por meio da busca por uma solução linear ao caso, tem-se um desfecho no qual a violência do casal é reprimida e nunca compreendida”.

No entanto, continuam vigentes as posturas que defendem o valor democrático perseguido pelo movimento de mulheres por via da intervenção judicial, quer como construção de uma arena pública em que as mulheres têm voz para além do espaço “íntimo” da família, quer como politização do mundo doméstico que vinha ocultando graves fatos de violência contra as mulheres no meio à tolerância social e estatal, bem como possibilidade de transformação da linguagem jurídica que legitima padrões socioculturais androcêntricos e patriarcais.

Soares³⁵ reivindica como leitura legítima que:

[...] o processo de redefinição de direitos, baseado em uma releitura desnaturalizante da vida social, encabeçada primordialmente pelas feministas, indicaria, também, uma expansão da democracia e uma extensão do sentido da individualidade. [...].

Contudo, as pesquisas empíricas parecem constatar uma leitura inversa, sem atingir a expectativa transformadora: a vida privada acaba sendo institucionalizada e “devorada pela lógica do processo burocratizante da vida pública”³⁶.

Partindo dos avanços da pesquisa que sustenta o presente trabalho, encontramos que a primazia da racionalidade processual penal, longe de viabilizar a expectativa traçada pela LMP, importa o fechamento do subsistema jurídico e processual – evocando a teoria dos sistemas de Luhmann³⁷ – ou a proeminência do “campo jurídico” e do poder de nomear do Juiz – nas palavras de Bourdieu³⁸ – criando zonas de disputa e de exclusão da racionalidade interdisciplinar (campo “psi”) que propugna, à margem do juízo, por uma intervenção reflexiva, relacional, transformadora e não dicotômica dos conflitos.

Constatamos igualmente que as estratégias de longo prazo, idealizadas para a prevenção da

violência, diluem-se ao serem absorvidas pela racionalidade própria do Judiciário. Os GR constituem contextos propícios para confrontar os padrões socioculturais que sustentam os comportamentos violentos e contribuem para traçar um retorno à vida privada e social, promovendo a não repetição, bem como o apoio integral das necessidades dos envolvidos através da rede de atendimento e do vínculo com a sociedade civil, a despeito da submissão ao processo judicial.

Contudo, conforme estamos observando, a absorção totalizante do Judiciário, operacionalizada por membros não pertencentes ao campo jurídico (equipes multidisciplinares) cuja intervenção nessa medida não permeia a racionalidade processual e de gestão do conflito que define o Juiz, produz a marginalidade das intervenções com enfoque restaurativo, afrouxa os propósitos de transformação das causas do conflito, dá azo à informalidade do tratamento e à final desjudicialização sem compreensão do conflito e sem transformação das suas causas.

REFERÊNCIAS

AMERICA LATINA GENERA. *Avances em matéria de legislación*. Disponível em: <http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=99>. Acesso em: 20 jul. 2013.

AMERICA LATINA GENERA. *Avances em matéria de legislación*. Campanha do Secretário Geral das Nações Unidas para pôr fim à violência contra as mulheres na América Latina. Disponível em: <http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=99>. Acesso em: 20 jul. 2013.

AQUINO, Q. B.; COSTA, M. M.; PORTO, R. T. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da

³⁵ SOARES, B. M. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 1999.

³⁶ SOARES, B. M. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança*.

³⁷ LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1980.

³⁸ BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 1999.

justiça restaurativa. In: GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, R. (Org.). *Relações de gênero e sistema penal. Violência e conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Porto Alegre, RS: ediPUCRS, 2011. p. 41-68.

ARGENTINA. Refugiados das Nações Unidas *Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, 11 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4a016dd62.html>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. 2011. Disponível em: <<http://spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Subsecretária de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres *Proposta para Implementação dos Serviços de Responsabilização e Educação dos Agressores*. 2009. Disponível em: <<http://spm.gov.br/convenios/roteiro-elaboracao-projetos-2009-1.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

COLÔMBIA. Ley 1.257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2008/ley_1257_2008.html>. Acesso em: 12 set. 2012..

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Apresentação geral da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/pj-lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2010. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonavid/Documento_Manual%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

COSTA RICA. *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres n. 8.589*. Disponível em: <<http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/coop-intern/Normativa%20Nacional/04-Delitos%20Sexuales/04.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

COSTA, D.; SILVA, S. Reflexiones sobre la evaluación de intervenciones con hombres autores de violencia contra la mujer. En: MENJIVAR, M. *¿Hacia masculinidades tráfugas? Políticas públicas y experiencias de trabajo sobre masculinidad en Iberoamérica*. San José, Costa Rica: FLACSO, 2012. p.111-122.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. M.L. de Carvalho. Rio de Janeiro, RJ Revan, 2001.

GHIRINGHELLI, R. Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*, v. 23, n. 1, p. 113-135, 2008.

GREGORI, M. F. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e prática feminista*. Rio de Janeiro, RJ/São Paulo, SP: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

HURTADO, M. T.; MORALES, A. M.; QUINTANILLA, A. (Ed.) *Los programas de intervención con hombres que ejercen violencia contra su pareja mujer*. Fundamentos teórico-criminológicos, evidencia internacional de su efectividad y evaluación de impacto de un programa en Chile, 2012. Disponível em: <http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20120816115651.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

INSTITUTO NOOS. *Grupos reflexivos de gênero*. Disponível em: <<http://www.noos.org.br/portal/grg>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid, Espanha: Siglo Veintiuno, 1991.

_____. Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional. *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 1, Número 8, 2010. Disponível em: <<http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano8-2010/a82010art1.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

LAVIGNE, R. M. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário. In: CUNHA, J. R. (Org.). *Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil*. Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: FGV Direito Rio, 2010. p. 145-242.

LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1980.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, v. 17, n. 49, p. 149-168, 1990.

MARRONE, C. A. Era uma vez um Juizado de Violência Doméstica e Familiar. In: GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, R. (Org.). *Relações de gênero e sistema penal*. Violência e conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porto Alegre, RS: ediPUCRS, 2011. p. 137-162..

MEXICO. Camara de Deputados. *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de*

Violencia de 1 de febrero de 1997. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

PEDROSO, J. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da Justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, 171, p. 1-43, 2000.

MELLO, Adriana Ramos de. *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

RIFIOTIS, T. Violência conjugal e acesso à justiça: um olhar crítico sobre a judicialização das relações sociais. In: SOUZA, A. C. (Coord.). *Antropologia e Direito*. Temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro, RJ: ABA, Contracapa, LACED, 2012. p. 300-308.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Padronização do grupo reflexivo dos homens agressores. Uniformização de procedimentos para estruturação, funcionamento e avaliação dos grupos reflexivos com autores de crimes de situação de violência doméstica. *Direito em Movimento*, v. 14, p. 405-427, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume14/volume14.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2013..

SOARES, B. M. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Enfrentando a violência doméstica contra a mulher*. Orientações práticas para profissionais e voluntários(as). 2005. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2007/enfrentando-violencia.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

UNITED NATIONS. *Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*. 1979. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

VENEZUELA. Fundo de População das Nações

Unidas. *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*. Disponível em: <http://venezuela.unfpa.org/documentos/Ley_mujer.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

WERNECK, L.V. *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999.

Quadro 1: Medidas de intervenção com homens autores de violência (HAV) contra as mulheres nas legislações especiais da “segunda geração” na América Latina³⁹

- Costa Rica** A intervenção com HAV está ligada à Justiça Penal e à política de segurança, por meio da formulação e operacionalização de um “sistema de execução de penas alternativas”. O *cumplimiento de instrucciones* é uma das penas alternativas aplicáveis em casos de violência de gênero, que consiste em um plano de conduta em liberdade imposto pelo Juiz de conhecimento ou pelo Juiz de execução penal. Podem fazer parte do plano de conduta, instruções de comparecimento a programas de tratamento para usuários de drogas ou álcool, contanto que o uso dessas substâncias esteja relacionado causalmente à conduta sancionada ou às suas circunstâncias. O autor pode ser submetido também a um “programa especializado para agressores, destinado ao controle de condutas violentas e a tratamentos completos, psicológico e psiquiátrico”.
- Argentina** Como parte dos lineamentos para as políticas estatais e na atuação dos três Poderes Públicos, consagra-se como preceito reitor, a sanção e a reeducação dos autores de violência, sem necessariamente vincular essas medidas ao Judiciário. Prioriza-se a criação de serviços integrais tanto para as mulheres que sofrem violência, quanto para as pessoas que a exercem, garantindo dentre outras ações a implantação de “programas de reeducação destinados aos homens que exercem violência”.
- México** A lei especial estabelece que os modelos de atenção, prevenção e sanção devem incorporar “serviços de reeducação integrais, especializados e gratuitos para o agressor visando à erradicação das condutas violentas por meio da eliminação dos estereótipos de supremacia masculina e os padrões machistas que geraram a violência”. Esses serviços podem-se impor como medida protetiva – caso no qual têm caráter preventivo sem vincular-se ao Judiciário e poderiam ser fornecidos pelo setor da saúde – ou como parte da sentença condenatória – ligados nesse caso ao Judiciário dado seu caráter punitivo.
- Venezuela** A lei prevê, para quem seja declarado culpável por fatos de violência contra as mulheres, a participação obrigatória “em programas de orientação, atenção e prevenção voltados para a modificação das condutas violentas e evitar a reincidência. A sentença condenatória estabelecerá a modalidade e duração, conforme os limites da pena imposta”. A ligação com o Judiciário é clara.
- Colômbia** Um único dispositivo legal refere-se às medidas protetivas que, sem se recorrer à intervenção judicial, podem consistir em impor ao agressor o comparecimento a um tratamento de reeducação e terapêutico em uma instituição pública ou privada.

³⁹ Como descrito pela “Campanha do Secretário Geral das Nações Unidas, para pôr fim à violência contra as mulheres na América Latina”, fazem parte dessa segunda fase: Brasil (Lei Maria da Penha, 2006), Costa Rica (Lei de penalização da violência contra as mulheres, 2007), México (Lei geral de acesso das mulheres a uma vida livre de violência, 2007), Venezuela (Lei Orgânica sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência, 2007), Guatemala (Lei contra o femicídio e outras formas de violência contra a mulher, 2008), Colômbia (Lei 1257 de 2008, pela qual se estabelecem normas de sensibilização, prevenção e sanção das formas de violência e discriminação contra as mulheres, reformam-se os Códigos Penal, de Procedimento Penal e a Lei 294 de 1996 de violência intrafamiliar), e Argentina (Lei de proteção integral para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra as mulheres nos âmbitos em que desenvolvam suas relações interpessoais, 2009).

SOCIOLOGIA DA DECISÃO JURÍDICA: APLICAÇÃO AO CASO DA HOMOAFETIVIDADEⁱ

SOCIOLOGY OF LEGAL DECISION:
APPLIED TO HOMOSESSUAL CASE

Artur Stamford da Silvaⁱⁱ

Sumário: 1 Contextualização epistemológica da teoria reflexiva da decisão jurídica. 2 Técnicas e métodos hermenêuticos: nem lacuna nem literalidade nem analogia. 3 O quadro cênico: a intercomposição do discurso jurídico. 4 Observações dos discursos constituintes na formação discursiva do direito da sociedade. Referências.

Resumo

O neoconstitucionalismo viabilizou a ampliação dos limites da literalidade legalista face à inclusão dos princípios constitucionais. Visando contribuir ao debate, exploramos dados da decisão do STF que equiparou juridicamente a união entre pessoas do mesmo sexo (homossexual, homoafetivas) à entidade familiar entre homem e mulher. Os *corpora* foram constituídos de documentos (legislações, decisões do STJ, os votos dos ministros do STF, notícias de jornais) e vídeos das audiências no STF. Coletados os enunciados dos participantes, aplicamos a “teoria reflexiva da decisão jurídica” para observar as constantes reentradas de sentido-possível no sentido-corrente, o que nos permitiu verificar

¹ Este trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Brasil.

² Professor associado da Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Pesquisador do CNPq Nível 2.

como foi possível o STF decidir como decidiu, mesmo com os textos legislativos em vigor no Brasil.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Entidade familiar. Teoria dos sistemas. Direito da sociedade. Discurso constituinte.

Abstract

Neoconstitutionalism made viable the widening of the limits of the legalistic literal aspect in the face of the inclusion of constitutional principles. Seeking to contribute to the debate, we explore the data of the decision of the Supreme Federal Tribunal (STF) which juridically equated the union between two people of the same sex (homosexuals) with the family entity between a man and a woman. The *corpora* were constituted by documents (legislations, decisions by the Supreme Justice Tribunal, votes by ministers of the STF, newspaper items) and videos of audiences in the STF.

Having collected the statements by the participants, we applied the “reflexive theory of juridical decision” to observe the constant re-entries of possible-sense in the ongoing-sense, which permitted us to verify how it was possible for the STF to decide the way it did with the legislative texts now in vigor in Brazil.

Keywords: Legal decision. Family. Systems theory. Legal system. Self-constituting discourse.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA

Cinco de maio de dois mil e onze foi o dia em que o Supremo Tribunal Federal (STF) – após discussão sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), impetrada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), impetrada pelo Procurador Geral da República – decidiu terem as uniões entre pessoas do mesmo sexo (homossexuais) os mesmos direitos e deveres que a união entre homem e mulher, portanto a união homoafetiva integra, para fins jurídicos, a expressão entidade familiar.

Neste caso, ao questionarmos como foi possível o STF ter tomado essa decisão, o que implica questionar como foi possível o STF incluir na expressão “entidade familiar” a união de pessoas do mesmo sexo. Para isso, observamos os discursos dos participantes das audiências, ou seja, do Procurador do Estado do Rio de Janeiro, dos *amici curiae*, dos Ministros do STF.

O embate se pautou por diversos pontos, exploraremos alguns deles, inclusive, porque não temos por objetivo desenvolver uma hermenêutica constitucional nem estabelecer o que é entidade familiar no direito brasileiro, nem decretar o quanto a decisão tomada foi correta, absurda ou errada. Assim é porque nossas pesquisas partem da ideia que perguntar “o que é” resulta em paradoxo, pois buscar a origem, o princípio, o primeiro motor, a gênese é aplicar causalidade. Epistemologica e gnosiologicamente aplicamos a teoria da circularidade reflexiva¹, portanto não tautologia nem causalidade². Com isso não cabe questionar o que é uma decisão jurídica, mas sim “como é possível o Judiciário (STJ e STF) tomar as decisões que toma”.

Para observar³ como é possível o Judiciário decidir como decide, exploramos a decisão do STF de 5 de maio de 2012 e recorreremos à teoria sociocognitiva da compreensão como inferên-

¹ FOERSTER, 2002, p. 6, 115, 226, 287.

² LUHMANN, 2007, p. 5, 41; THORNHILL, 2005. p. 19-23.

cia⁴ (Marcuschi), à análise de discurso constituinte⁵ (Maingueneau) e à teoria da sociedade como sistema de comunicação⁶ (Luhmann). Este somatório de teorias forma o que denominamos “teoria reflexiva do direito da sociedade”.

Esses estatutos epistemológicos nos permitem não cair em conclusões causais tipo: “decisão jurídica é uma questão de poder”; “o direito, texto que é, vago e ambíguo, viabiliza decisão ao sabor da arbitrariedade interpretativa do julgador”. Ao substituir a pergunta “o que é” pela, “como é possível”, como indica Luhmann⁷, seguimos um caminho teórico pautado pela reflexividade para explicar e compreender a decisão judicial. As implicações de optar pela pergunta “como é possível” nos conduzem a consequências como, por exemplo, que a decisão jurídica não é uma resultante causal de aplicação da legislação nem de poder, bem como que não cabe falar em “do fato se chega à norma”. Sugerimos que a decisão jurídica é uma operação do sistema jurídico, não uma decisão de um magistrado⁸. Dessa sugestão temos que a produção de sentido do direito da sociedade se dá recursivamente, ou seja, pela re-entrada do sentido de uma temática na temática do direito como sistema da sociedade. Sendo sociedade, sistema de sentido, como adiante escrito. Noutras palavras, o direito, sistema de comunicação que é, produz e reproduz o sentido de seus próprios elementos, de suas próprias temáticas, de suas próprias instituições. Observar como o direito opera como sistema que

observa requer mudanças gnosiológicas e epistemológicas trazidas pela cibernética, a exemplo da gödelização da racionalidade jurídica⁹. Numa frase, nossas pesquisas indicam que a decisão jurídica não está pré-estabelecida em nenhuma causa que lhe é anterior, tal decisão se estabelece, por contingência, considerando a memória do sentido de direito da sociedade ao mesmo tempo em que ela é o espaço de mudança do direito da sociedade. Como abaixo estará explicitado.

Para desenvolver essa nossa hipótese, tivemos por corpora da pesquisa textos de legislações, documentos da decisão do STF, de 5 de maio de 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, dos vídeos das audiências realizadas no STF, tanto as falas das entidades da sociedade civil (*amicus curiae*¹⁰), como os votos enunciados pelos Ministros do STF, ambos totalizando 522 minutos de falas. Coletamos também dados em notícias sobre a repercussão do caso veiculadas em jornais e *blogs* disponíveis na internet, além de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Os dados foram lançados numa planilha e analisados desde nossa proposta teórica: a teoria reflexiva da sociedade como sistema de comunicação.

Teoria reflexiva é uma perspectiva gnosiológica que se pauta pela circularidade recursiva tal como desenvolvida pela “teoria dos sistemas que observam¹¹”, a qual traz com alternativa à causalidade e à circularidade tautológica a re-

³ Observar é ação de pesquisa realizada pelo observador. A aparência de evidência e simplicidade da afirmação esconde o afastamento de dicotomias, a exemplo: sujeito/objeto; objetividade/subjectividade; neutralidade científica etc. Em seu lugar, reconhecemos que o observador, ao observar, produz uma distinção, portanto realiza, ao mesmo tempo, o estabelecimento da unidade e da diferença do que observa, ou seja, indica, estabelece, destaca, assinala o marcado como observado, paradoxalmente ao que, também determina o diferente, o não observado (LUHMANN, 2007, p. 38-39). Assim, observar não é um ato apenas subjetivo, mas ao mesmo tempo objetivo. Como na análise de discurso, discurso não é um enunciado; na teoria da sociedade como comunicação, comunicar não é só informar, mas também o expressar e o entender (compreender). Com isso, ao observar os dados, o observador não ignora que outros dados, bem como outras leituras são possíveis.

⁴ “a compreensão é um trabalho social” (MARCUSCHI, 2007a, p. 77; MARCUSCHI, 2008, p. 229).

⁵ Constituintes são os discursos que têm a pretensão de “não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes” (MAINGUENEAU, 2008, p. 37).

⁶ Tendo por petição de princípio que a comunicação é a célula da sociedade, Luhmann aplica a teoria da diferenciação de Spencer Browne (teoria da forma de dois lados) distinguindo *medium*/forma e sistema/meio para afirmar que “Sociedade é sistema de sentido”, porquanto sociedade é comunicação organizada em forma de sentido (LUHMANN, 2007, p. 28 *et seq.*).

⁷ LUHMANN, 2007, p. 13.

⁸ STAMFORD DA SILVA, 2009, p. 137; STAMFORD DA SILVA, 2010, p. 125; STAMFORD DA SILVA, 2012a p. 43; STAMFORD DA SILVA, 2012b, p. 306.

⁹ STAMFORD DA SILVA, 2009, *passim*.

¹⁰ Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, impetrada pelo Procurador Geral da República e a Ação Direta de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, impetrada pelo Estado do Rio de Janeiro. *Amici curiae* são entidades da sociedade que podem solicitar participação, com direito a voz, em julgamentos do STF, conforme § 2º, art. 7º, da Lei n. 9.868/1999.

¹¹ FOERSTER, 1987.

flexibilidade, como é a teoria cibernética da comunicação desenvolvida durante e após os dez encontros da *Macy Conference*¹². Ainda que a palavra cibernética tenha estreita relação com governo, direção, controle, na *Macy Conference*, cibernética é a teoria da comunicação que parte da causalidade circular, não da causalidade linear nem da circularidade tautológica, como se pode constatar com a visão construtivista – no sentido usado por Heinz von Foerster, Gregory Bateson e Humberto Maturana – de ordem cibernética por aplicar ideias como circularidade criativa, a teoria reflexiva, a autopoiesis.

A teoria reflexiva da sociedade como sistema de comunicação porta de Luhmann a concepção de sociedade como sistema de comunicação. É que Luhmann pauta sua visão cognitiva baseado em teorias matemáticas e biológicas, todavia as aplica em sua teoria social transformando-as como bases explicativas da comunicação como célula da sociedade, pois

[...] o sistema sociedade não se caracteriza por uma determinada 'essência' (*Wesen*) muito menos por uma determinada moral (propagação da felicidade, solidariedade, nivelção de condições de vida, integração por consenso racional etc.), mas sim unicamente pela operação que produz e reproduz a sociedade: isto é a comunicação. Logo, por comunicação se entende um acontecimento que em todo caso sucede de maneira histórico-concreta, um acontecimento que depende de contextos – não se trata, portanto, unicamente de aplicação de regras do falar correto. Acontece que para a efetivação da comunicação é necessário que todos os participantes intervenham com um saber e com um não saber. [...] Como práxis do sentido, a comunicação também se vê obrigada a fazer distinções para assinalar um dos dois lados e provê-lo com enlaces. Com isso se continua a autopoiesis do sistema.¹³

Luhmann, como se pode ler, influenciado pelas ideias de George Spencer Brown, no livro

Laws of Form, publicado em 1979¹⁴, Louis H. Kauffman, ao tratar da autorreferência e da forma recursiva¹⁵ e por Heinz von Foerster dada a “teoria” dos sistemas que observam¹⁶. Ao lado desses aportes, ainda na visão de comunicação como célula da sociedade, Luhmann recorre ao construtivismo epistêmico baseado na ideia de autopoiesis trazida pelos biólogos chilenos Maturana e Varela¹⁷, além da lógica policontextual, como proposto por Gotthard Günther¹⁸.

Aplicando essa base gnosiológica, Luhmann escreve que a comunicação é uma unidade de três componentes: informação (*Information*), expressar (*Mitteilung*) e entendimento (*Verstehen*)¹⁹. Esses três elementos estão enlaçados de maneira circular construtivista, pois só por comunicação é que se comunica, daí a comunicação ser autopoietica, ela gera, por si mesma, o entender que ela necessita para operar por comunicação. Quando comunicamos nos referimos a algo, a uma coisa, a um acontecimento. Nas palavras do autor: “a comunicação funciona autorreferencialmente”, acontece que “o conceito de sistema remete ao conceito de entorno e, justamente por isso, sistema não se isola nem lógica nem analiticamente”²¹, antes, sendo sistema, sistema de sentido, ele opera no médium sentido realizando a distinção autorreferência e heterorreferência, o que permite a cada informação expressada, o sistema atualizar sua autorreferência²².

Essa divisão da unidade da comunicação em três componentes permite a Luhmann afirmar que o limite comunicativo está na maneira como a informação será entendida (aceita ou rejeitada), posto que depende “do desenvolvimento simultâneo de uma extrema dependência social e de um alto grau de individualização: esse desenvolvimento se alcança mediante a construção de uma ordem complexa de comunicação provida

¹² WIENER, 1965.

¹³ LUHMANN, 2007, p. 47-48.

¹⁴ LUHMANN, 2007, p. 28, 40.

¹⁵ KAUFFMAN, 1987, *passim*; LUHMANN, 2007, p. 32.

¹⁶ FOERSTER, 2002; LUHMANN, 2007, p. 44.

¹⁷ MATURANA/VARELA, 2001a, *passim*; MATURANA/VARELA, 2001b, *passim*; LUHMANN, 2007: p. 44-45.

¹⁸ LUHMANN, 2007, p. 62-63.

¹⁹ LUHMANN, 2007, p. 49.

²⁰ LUHMANN, 2007, p. 47.

²¹ LUHMANN, 2007, p. 47.

²² LUHMANN, 2007, p. 33.

de sentido, a qual determina a ulterior evolução do ser humano”²³, bem como porque “sentido é um mérito da comunicação sistêmica e não mérito da consciência nem uma representação de situações externas na consciência”²⁴.

Viver em sociedade é viver em comunicação, é viver, ao mesmo tempo, estabelecendo (fixando) e modificando (recriando) sentido. Com isso, o conceito de sentido é modelado por Luhmann de maneira que “o sentido se produz na trama das operações que sempre pressupõe sentido [...] sentido é um produto das operações que o usam, não uma qualidade do mundo devida a uma criação, fundação ou origem. Não há então idealidade separada do viver e do comunicar”²⁵. Mais, a memória não nos leva ao verdadeiro, ela, sim, constrói estruturas de uso momentâneo, as quais conservam as condições mínimas para podermos selecionar o que constitui o sentido de algo e o que não o constitui. Por meio da memória, reduzimos as possibilidades de enlace entre os lados do sentido de algo.

Para explicar isso, Luhmann trata da teoria dos sistemas que formam sentido, como no sistema social e no psíquico, mas não no biológico. Luhmann distingue, pois, três tipos de sistema: sistemas vivos; sistemas psíquicos; e sistemas sociais. O primeiro contém limites materiais, de maneira que a relação entre as células e seu entorno se dá por espécies. Os limites dos outros dois sistemas são formas de dois lados. Eles realizam suas operações em forma de operação-de-observação, as quais só podem ocorrer no interior desses sistemas, pois só no interior é que dá a distinção autorreferência de heterorreferência²⁶, ou seja, a distinção entre o que encontra referência sistêmica e, por isso, é valorado como interno ao sistema, o que não encontra referência, portanto, é valorado como ruído, como externo ao sistema. Cabe lembrar que tanto o interno quanto o externo integram o sistema. Acontece que a

relação do sistema com o seu entorno é operacionalmente incalculável, mas não por causa do entorno e, sim, do próprio sistema. Em relação à arte, para citar um exemplo, Luhmann escreve:

A distinção entre validez e não validez da ‘law of crossing’, assim como o conhecimento de que a validez é condição da não validez interna da obra de arte, designam – em sentido estritamente teórico – o processo de diferenciação do sistema da arte dentro do mundo operacionalmente impenetrável.²⁷

Assim é porque, segundo Luhmann:

A unidade dos acontecimentos comunicativos não podem ser derivadas objetiva, subjetiva, nem socialmente. Justamente por isso, a comunicação cria para si o médium do sentido no qual incessantemente se estabelece se a comunicação seguinte busca seu problema na informação, no ato de dá-la-a-conhecer (expressar) ou no entendê-la.²⁸

O sistema – ao mesmo tempo em que contém uma memória (*memory function*) que o permite recorrer às operações passadas (decisões anteriores) – confronta-se com um futuro indeterminável para ele mesmo. Para resolver esse paradoxo do sentido, Luhmann recorre ao conceito *re-entry*, em que “a indicação e a distinção estão indissolavelmente entrelaçadas: quando qualquer indicação é feita, qualquer marca, cria-se uma distinção automaticamente entre esses dois estados: o marcado e o não marcado”²⁹. Nas palavras de Luhmann: “todas as formas de sentido têm um lado oposto que inclui o que, no momento de ser utilizada, se exclui”³⁰, o que “exige a condensação seletiva e, ao mesmo tempo, a generalização, a qual corrobora que aquilo que se distingue do outro pode ser designado como o mesmo”³¹.

Sentido, portanto, é “uma forma de operação histórica que, só com a sua utilização é que se enlaça o surgimento contingente e a indetermi-

²³ LUHMANN, 1996, p. 23-24, 140-141; LUHMANN, 2007, p. 147.

²⁴ LUHMANN, 2005a, p. 87.

²⁵ LUHMANN, 2007, p. 27.

²⁶ LUHMANN, 2007, p. 28.

²⁷ LUHMANN, 2005b, p. 69.

²⁸ LUHMANN, 2007, p. 50.

²⁹ MARKS-TARLOW/ ROBERTSON/ COMBS, 2009.

³⁰ LUHMANN, 2007, p. 25.

³¹ LUHMANN, 2007, p. 30.

nação de aplicações futuras”³², principalmente porque “as identidades de sentido (objetos empíricos, símbolos, signos, números, frases só podem ser produzidas recursivamente”³³. Sendo, portanto, sentido “o meio no qual as formas se realizam como operações do sistema”³⁴, autopoiesis é a aceitação de que toda explicação deve partir das operações específicas reproduzidas no sistema a ponto de constituir o sistema. Afinal, autopoiesis não é produção da forma do sistema, mas resultado da diferenciação sistema/entorno. Dessa diferenciação dá-se o paradoxo de que, ao se desacoplar do entorno, no sistema surgem espaços de liberdade internos, os quais permitem a produção de indeterminação interna no sistema. O sistema contém, portanto, unidade, estrutura e forma, ao mesmo tempo em que contém desordem, indeterminação e o outro lado da diferença (da forma). Numa frase: “o acomplamento estrutural tanto separa quanto vincula os sistemas”³⁵.

Ao acrescer a teoria dos discursos constituintes de Dominique Maingueneau à teoria da sociedade de Luhmann, para desenvolver nossa teoria reflexiva da decisão jurídica, obtemos uma concepção de discurso que Luhmann não explora, bem como crescemos à visão de sentido de Luhmann que “sentido é fronteira e subversão da fronteira, negociação entre pontos de estabilização da fala e forças que excedem toda localidade”³⁶ e que “enunciar não é somente expressar ideias, é também tentar construir e legitimar o quadro de sua enunciação”³⁷. Elementos importantes para observarmos como é possível o STF incluir na expressão “entidade familiar” a união de pessoas do mesmo sexo. Numa frase, adicionar a teoria dos discursos constituintes à teoria da sociedade de Luhmann agrega à explicação da decisão jurídica a concepção dos elementos constituintes do discurso, incluindo

a visão de que no espaço discursivo, o “Outro” não é um fragmento localizável, uma citação, nem uma entidade exterior, é o próprio discurso, pois, esse “Outro”, é a parte de sentido que foi sacrificada para que o discurso pudesse constituir sua identidade. Disso decorre o caráter essencialmente dialógico de todo enunciado do discurso, a impossibilidade de dissociar a interação dos discursos do funcionamento intradiscursivo. Essa imbricação do “Mesmo” e do “Outro” retira à coerência semântica das formações discursivas qualquer caráter de “essência”, caso em que sua inscrição na história seria assessoria; não é dela que a forração discursiva tira o princípio de sua unidade, mas de um conflito regrado³⁸.

Por fim, com Luiz Antônio Marcuschi, agregamos à nossa teoria a concepção de leitura como trabalho social. Marcuschi explora o sociointerativismo da cognição de Vygotsky³⁹, do que escreve: “compreender é uma atividade colaborativa que se dá na interação entre autor-texto-leitor ou falante-texto-ouvinte”⁴⁰; “o sentido não está no leitor, nem no texto, nem no autor, mas se dá como um efeito das relações entre eles e das atividades desenvolvidas”⁴¹.

Luiz Antônio Marcuschi também escreve: “compreender bem um texto não é uma atividade natural nem uma herança genética; nem uma ação individual isolada do meio e da sociedade em que se vive. Compreender exige habilidade, interação e trabalho”⁴². Ao desenvolver essa concepção, faz as seguintes afirmações: 1ª) “nunca exercemos total controle sobre o que o entendimento que nosso enunciado possa vir a ter”; 2ª) “compreender é também um exercício de convivência sociocultural”; 3ª) “o leitor não é um sujeito consciente e dono do texto, ele se acha inserido na realidade social e tem que operar sobre conteúdos e contextos socioculturais”⁴³.

³² LUHMANN, 2007, p. 30.

³³ LUHMANN, 2007, p. 30.

³⁴ LUHMANN, 2007, p. 40.

³⁵ LUHMANN, 2005, p. 508-509.

³⁶ MAINGUENEAU, 2008, p. 26.

³⁷ MAINGUENEAU, 2005a, p.

³⁸ MAINGUENEAU, 2005b, p. 39.

³⁹ MARCUSCHI, 2007a, p. 52-75; MARCUSCHI, 2008, p. 228.

⁴⁰ MARCUSCHI, 2008, p. 231.

⁴¹ MARCUSCHI, 2008, p. 242.

⁴² MARCUSCHI, 2008, p. 231.

⁴³ MARCUSCHI, 2008, p. 231.

Essas afirmações nos permitem observar que, para Marcuschi, a compreensão é um trabalho social⁴⁴ por se dar sob a realização de atividade inferencial, a qual consiste num ato de inserção num conjunto de relações⁴⁵. Assim, ao observarmos a decisão judicial aplicamos a concepção de inferência, de leitura e de literalidade, tal como trazida pela teoria da compreensão como trabalho social de Marcuschi.

É o que esperamos deixar claro com o presente artigo, ainda que a limitação espacial (de páginas) não nos permita detalhar mais nossa teoria nem absolutamente todos os termos empregados. Para tais detalhamentos sugerimos leitura de outros trabalhos nossos.

Aqui apresentamos parte de nossas pesquisas, iniciamos com a maneira como os participantes do caso trabalharam as técnicas e os métodos de interpretação.

2 TÉCNICAS E MÉTODOS HERMENÊUTICOS: NEM LACUNA NEM LITERALIDADE NEM ANALOGIA

Ao observar os corpora da pesquisa, iniciamos com o tema da literalidade. Que literalidade esteve presente durante o debate sobre qual “interpretação conforme a constituição” é a adequada na interpretação, compreensão e aplicação do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)?

Essa pergunta é intrigante após constatar que no art. 1.723 do Código Civil Brasileiro (CCB) e no parágrafo terceiro do art. 226 do texto constitucional está escrito: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”. Como assim, interpretar o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) conforme a Constituição? Na íntegra:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (CCB).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF).

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O caso “evidencia” o quanto a decisão jurídica é contingente, não por isso imprevisível, porquanto expectativa não é garantia causal de evolução histórica, como se um futurismo garantidor, mas potência, como meio/forma de sentido⁴⁶. É o que se pode ver ao contextualizar historicamente a temática.

Num resumo, entidade familiar, como todos os demais institutos jurídicos, foi, é e segue em formação. Vejamos a história. Os direitos resultantes da união de pessoas do mesmo sexo entram no sistema jurídico brasileiro referentes aos direitos de propriedade, quando ações judiciais de direito à pensão, INSS, divisão dos bens entre na separação do casal tiveram lugar no STJ, seguindo-se questões sobre o direito de criar filhos, adotar etc., até assumir a forma jurídica de entidade familiar. Maria Berenice Dias, em artigo, afirma que união homoafetiva não é apenas dividir economias, envolve sentimentos. É que direitos patrimoniais já vinham sendo reconhecidos em casos de relação homossexual. Berenice Dias alerta sobre o ir e vir, no Judiciário, do reconhecimento de direitos a esta maneira de união humana, pois os mais de oitocentos processos que tramitaram no Judiciário vêm sendo julgados de diversas maneiras. A autora identifica decisões judiciais que reconheceram direito de sucessão, direito relativo à pensão (INSS), direito de adoção, direitos relativos à mudança

⁴⁴ MARCUSCHI, 2007^o, p. 77; MARCUSCHI, 2008, p. 229.

⁴⁵ MARCUSCHI, 2007b, p. 88.

⁴⁶ Forma de sentido é expressão usada por Luhmann para explicar que “sociedade é um sistema que estabelece sentido” (LUHMANN, 2007, p. 32). O sentido, forma de dois lados que é, é ao mesmo tempo o MÉDIUM em que as comunicações se desenvolvem e FORMA fixada devido à distinção LUHMANN, 2007, p. 32). O sentido, forma de dois lados que é, é ao mesmo tempo o MÉDIUM em que as comunicações se desenvolvem e FORMA fixada devido à distinção realizada (LUHMANN, 2007, p. 37). O sentido é, portanto, a unidade da distinção (paradoxo do distinguir e assinalar) resultado do processamento seletivo entre o sentido atual e o possível. Isso só é possível na sociedade como sistema de comunicação (sociedade funcionalmente diferenciada), porque nela, através da semântica elaborada de reflexão, de autonomia, são constituídas formas (sistemas) de sentido com funções específicas, como o direito, a economia, a política, a arte, a religião, a educação, a ciência.

de nome e sexo em certidões de nascimento⁴⁷.

Aos 10 de fevereiro de 1998, no Recurso Especial n. 148897/MG, que tramitou na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi reconhecida a união homoafetiva como sociedade de fato. Aos 17 de junho de 1999, o Desembargador Breno Moreira Mussi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator do Agravo de Instrumento n. 599075496, julgado na 8ª Câmara Cível, decide que ações judiciais envolvendo união entre pessoas do mesmo sexo devem tramitar em Vara de Família. Assim, a “novidade” da decisão de 5 de maio de 2011, do STF, não foi assim tão nova.

Esse histórico não está ocupado com um demonstrar evolução histórica, como se a decisão de maio de 2011 tivesse sido causa daquela, mas ele serve para apresentar o quanto o direito da sociedade está contingencialmente em fazimento. É o que se depreende do paradoxo do sentido⁴⁸ – o que muda permanece – e de que comunicar é promover uma distinção, portanto é selecionar e distinguir. Ao comunicar diferenciamos o que nos referimos e o que não iremos nos referir. Com a mesma lógica, da diferenciação, o sentido contém o sentido estabelecido (firmado, fixado, sentido-atual) e o sentido afastado (não estabelecido, negado temporalmente, sentido-possível). Essa diferenciação nos permite observar que os elementos constituintes do sentido se acoplam de maneira firme e frouxa⁴⁹, ou seja, uma parte constituinte do sentido forma a memória do sentido e uma parte é esquecida, momentaneamente afastada da comunicação. Aplicando essas perspectivas, observamos, ao pesquisar decisões judiciais, a constante re-entrada do sentido-possível no sentido-atual, ora de maneira firme, ora de maneira frouxa. Observamos, assim, o direito como sistema que observa, produzindo e se reproduzindo. Noutras palavras, aportes da teoria de Luhmann viabilizam explicar como é possível o STF incluir na expressão “entidade familiar” a relação de pessoas do mesmo sexo. É o que passamos a apresentar.

No dia 4 de maio, tiveram a palavra dez *amici*

curiae; no dia 5 de maio, os ministros do STF anunciaram seus votos e, ao final, tivemos prolatada a decisão.

Quanto à literalidade da expressão “entidade familiar”, os representantes da CNBB e da AEB afirmaram a impossibilidade de haver outra interpretação que não negar a equiparação, pois o texto constitucional é claro: apenas “união estável entre o homem e a mulher” é legalmente “entidade familiar” (lembrar o parágrafo terceiro do art. 226, da Constituição Federal Brasileira, acima descrito). Acontece que literalidade não é consequência causal de leitura(s).

Os demais *amici curiae*, favoráveis à equiparação, pautaram suas alegações pelo argumento da lacuna no direito. A literalidade, neste caso, está na ausência de vedação expressa à união de pessoas do mesmo sexo ser entidade familiar. Assim, no texto constitucional, a expressão “entidade familiar” comporta a inclusão da relação homoafetiva, afinal o direito já reconhece outras formas de união familiar diversa da família entre homem e mulher como “entidade familiar”. Como a completeza do ordenamento jurídico se dá por decisão judicial, afinal não só de legislação vive o direito, cabe ao Judiciário decidir se a relação entre pessoas do mesmo sexo é uma das espécies juridicamente admissíveis de “entidade familiar”.

Esse debate hermenêutico, especificamente de se tratar de lacuna, foi desdobrado na decisão, ainda que, assistindo aos vídeos, ouvimos o Relator Ministro Ayres Brito afirmar que não se trata de lacuna, mas de o STF decidir qual deve ser a “interpretação conforme a Constituição”, dos incisos II e V do art. 19 c/c o art. 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975) e do Art. 1.723 do CCB. Ao deslocar do debate sobre lacuna para a questão da “interpretação conforme a Constituição” resta afastada a discussão do ativismo judicial, portanto de se tratar de política jurídica. O debate fica centrado como questão hermenêutica, é quando a literalidade se torna tema.

⁴⁷ DIAS, 2008, p. 298; DIAS, 2010; DIAS, 2011.

⁴⁸ LUHMANN, 2007, p. 40.

⁴⁹ LUHMANN, 2007, p. 39.

Os *amici curiae* favoráveis à equiparação recorrem aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, para argumentar que a literalidade está constituída por diversos textos, afirmam que a ideia de justiça presente na Constituição Federal brasileira está pautada pela inadmissibilidade de discriminação, portanto, é inconstitucional toda legislação preconceituosa, toda legislação que nega o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como equiparada à entidade familiar. Assim, a “literalidade” do texto constitucional (art. 226, § 3º) está constituída pelo suporte advindo dos princípios constitucionais. Há uma “inconstitucionalidade na Constituição”, como afirma Carmem Lúcia.

Aplicando nosso aporte teórico, afirmamos que não há que confundir literalidade com haver mais de uma interpretação possível⁵⁰, inclusive, “na produção de sentido através da comunicação, a recursividade se obtém sobretudo por palavras de linguagem, as quais – ainda que sejam as mesmas – podem ser utilizadas nas mais diversas situações”⁵¹.

Com Marcuschi, temos a ideia de que o sentido é um partilhamento de conhecimentos. Como detalharemos mais adiante. O conteúdo de uma expressão, de um instituto jurídico não está já estabelecido previamente no texto, no poder do julgador nem em qualquer outro lugar. Esse conteúdo é estabelecido constantemente, afinal, sentido é forma de dois lados: memória e mudança; história e renovação⁵². Assim, podemos compreender como é possível se afirmar que a ausência de um regime jurídico específico para a união entre pessoas do mesmo sexo não pode implicar exclusão, nos termos da legislação atual, dessa união como espécie de entidade familiar.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia afirma: “sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios” (Item 5 do Voto).

Ainda, sobre literalidade, o Ministro Marco

Aurélio afirma:

Consoante Pietro Pierlingieri, a ‘família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função’ (O direito civil na legalidade constitucional, 2008, 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I (ver 10, do voto).

Observe a expressão “essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados [...]”. A literalidade, portanto, não está dada ou estabelecida previamente, ela é constantemente construída.

No debate também há referência à analogia como recurso hermenêutico admitido para fundamentar a decisão, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Acontece que analogia é também negada como método hermenêutico para o caso. É o que ouvimos do Ministro Ayres Brito, relator do processo, ao afirmar que a maneira de conferir “interpretação conforme a Constituição” para decidir pela equiparação é porque a Constituição Federal contém dispositivos legais que impedem aplicação discriminatória. Com isso, o Ministro afirma que não se trata de analogia, mas sim que não é constitucional discriminação entre uniões heterossexuais e homossexuais.

Para uma compreensão de como foi possível essa decisão do STF, temos por literalidade não uma conclusão dedutiva causal pré-determinada no e pelo texto. A literalidade, aplicando a perspectiva teórica que estamos propondo, é construída no decorrer da formação discursiva. Com Luhmann, lembramos mais uma vez que sentido é forma de dois lados, ele é memória e mudan-

⁵⁰ POSSENTI, 2004, p. 232-234.

⁵¹ LUHMANN, 2007, p. 30.

⁵² LUHMANN, 2007, p. 43.

ça. Com Luiz Marcuschi, temos a “literalidade como saliência”. De Giora, para quem o contexto influencia a compreensão, Marcuschi fala em produção de sentido segundo a saliência da literalidade. Giora equaciona o “modelo pragmático estandar”, a “perspectiva do acesso direto” e a “hipótese da saliência gradual (HSG)” para afirmar que quanto mais familiar uma expressão, tanto mais rápido se dá a sua compreensão⁵³. Estamos diante da concepção interacionista da linguagem, a qual Marcuschi considera adequada para se compreender o processo de produção de sentido, portanto, a língua como trabalho social. Afinal:

No caso das teorias do paradigma da inferência temos uma crença generalizada na possibilidade da comunicação intersubjetiva e no partilhamento de conhecimentos como um dado. Acredita-se que a capacidade inferencial é mais ou menos natural e intuitiva. Seguramente, nem tudo é assim e mais do que isto, a compreensão, mesmo sendo em boa medida uma atividade inferencial em que os conhecimentos partilhados vão exercer uma boa dose de influência, seria ingênuo acreditar que isso se dá de maneira não problemática, pois o mal entendido é um fato. Um desafio no paradigma inferencial é explicar a suposição de expectativa de partilhamento de conhecimentos⁵⁴.

Nessa perspectiva, não cabe confundir a inferência na perspectiva interacionista, com inferência como operação lógica. Uma maneira de evitar essa confusão é admitir que o sentido literal não ignora “o papel da interação na produção de sentido”⁵⁵, portanto, o interacionismo aqui não é o interacionismo social (como o interacionismo simbólico com George Mead e Herbert Blumer, de cunho fenomenológico e psicossocial), mas uma concepção de “interação como processo de produção de sentidos pela relação entre seres humanos inter-objetivamente comunicantes”⁵⁶. Aplicando essa concepção, podemos observar, do debate durante a decisão, o lugar atribuído ao sentimento, quando se afirma, por exemplo, que ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente,

para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Observada a inclusão de elementos na forma de sentido da entidade familiar, tais como o recurso à expressão dignidade humana, liberdade de escolha do como ser feliz, envolvendo a colmatação da lacuna por meio da técnica hermenêutica da analogia ou por interpretação extensiva, os debates sobre qual técnica hermenêutica aplicar foram esvaindo-se, principalmente quando se observa que o resultado decisório seria o mesmo (todos decidiram favorável à equiparação), ainda que cada Ministro tenha apresentado fundamentos diversos. Vejamos.

O relator, Ministro Ayres Brito, insiste, tomando a palavra durante o pronunciamento do voto do Ministro Gilmar Mendes, que:

[...] não há lacuna e portanto não há colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade e apontando que a própria constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e portanto sem colmatação.

O Ministro Gilmar Mendes retoma a palavra para insistir que há omissão legislativa a ser suprida por decisão do STF. Já o Ministro Marco Aurélio fala em interpretação extensiva quando afirma que: “concordo que a constituição contém normas muito claras e direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se vamos aplicar por extensão ou por analogia ou de outra forma, o resultado é o mesmo a que vamos nos aproximar”. Retoma novamente a palavra o Ministro Gilmar Mendes, continuando a questão de se a decisão é um caso de ato legislativo realizado pelo STF, afirmando:

A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro

⁵³ MARCUSCHI, 2007a, p. 89.

⁵⁴ MARCUSCHI, 2008, p. 238.

⁵⁵ MARCUSCHI, 2007a, p. 94.

⁵⁶ MARCUSCHI, 2007a, p. 94.

e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um Tribunal Constitucional que se dirige contra tal, não se dirige contra o povo, senão em nome do povo contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídicos humanos e jurídicos fundamentais fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do Tribunal, se eles aceitarem o discurso jurídico constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o Tribunal Constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso quando os argumentos do Tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimento examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem num estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Observamos a preocupação de alguns ministros do STF em legitimar a decisão como decisão judicial e não política do direito (para lembrar Kelsen), os quais frisam que sua decisão não é um ato legislativo, mas um ato jurídico elevado de aceitabilidade social. Para observar essa questão, recorreremos à ideia de fechamento operacional do sistema jurídico, nos moldes luhmannianos. Curioso como ainda há quem afirme que autonomia de funcionamento se confunde com isolamento. Bastava ler um parágrafo da obra de Luhmann para mudar essa afirmação, pois não faltaram tintas para Luhmann explicar que sua base teórica está na teoria da distinção de George Spencer Brown, para quem a forma tem dois lados, um lado positivo, afirmativo, inclusivo, e um lado negativo, distinguido, excluído. É que, ao comunicar, realizamos o paradoxo da distinção, pois assinalamos e distinguimos, ao mesmo tempo. Afirmar é decidir o incluído na comunicação, deixando de fora – excluindo sem eliminar, afinal sentido é uma forma de dois lados⁵⁷ – muito mais possibilidades que aquela que

foi a comunicada. A comunicação é, pois, improvável, todavia nós, seres humanos, criamos meios (*medium*) para dar forma à comunicação, ou seja, para tornar a comunicação possível. Essas ideias aplicadas às falas durante a audiência no STF nos levam a considerar que o direito não é aplicação de legislação, nem uma questão de poder do julgador, mas um sistema de sentido, um sistema de comunicação no qual estão presentes a infinitude de possibilidades, todavia umas marcadas (lado inclusivo = *marked space*) e outras não marcadas (*unmarked space*). Direito, assim considerado, é um sistema de comunicação da sociedade. Sistema é, nessa visão, produzido das comunicações sociais⁵⁸. Todavia, não porque o sentido se opera dentro do sistema, ao operar o sentido ignora, desconhece, independe, é isolado do ambiente. Não. O sentido, forma de dois lados que é, contém o lado sistema (interno, inclusivo) e o lado entorno (externo, exclusão). Assim é porque o sistema vive acoplado ao seu ambiente de maneira que seu fechamento operacional estabelece os limites do sistema mesmo (autopoieticamente o sistema produz sentido por autorreferenciação).

Fique claro. Não há isolamento do sistema ao seu meio, ao seu ambiente, pelo contrário, há constante relacionamento, há acoplamento. Ser autopoiético é apenas admitir que se produzem estruturas e elementos no interior do sistema; ocorre que sendo forma de dois lados, também no interior do sistema se produzem espaços de liberdade internos⁵⁹. Com isso, apenas chamamos atenção para o quanto um tribunal se ocupa com sua legitimidade, ou seja, com ser reconhecido socialmente, pois sabe que suas operações (decisões) não terão efeito de sentido se assim não for. Observamos que todas as falas se pautam por elementos do próprio mundo jurídico, do próprio direito com sistema de comunicação da sociedade. Assim não fosse, não seria pos-

⁵³ MARCUSCHI, 2007a, p. 89.

⁵⁴ MARCUSCHI, 2008, p. 238.

⁵⁵ MARCUSCHI, 2007a, p. 94.

⁵⁶ MARCUSCHI, 2007a, p. 94.

⁵⁷ LUHMANN, 2007, p. 28.

⁵⁸ LUHMANN, 2007, p. 39.

⁵⁹ LUHMANN, 2007, p. 45.

sível compreender o que o outro enuncia, a fala de um não seria inteligível pelo outro. Ouvindo os enunciados durante a audiência observamos o quanto os outros debatem, discutem um e outro enunciado, o que implica ter havido comunicação, porquanto todos limitados ao fato de estarem num tribunal superior, argumentando, buscando ser ouvido, ser compreendido, comunicar-se. Não cabe a ilusão que comunicar é anuir porquanto há comunicação quando resulta acordo, concordância. Comunicação, na teoria reflexiva da sociedade como sistemas que observam, é “operação elementar da sociedade, é um acontecimento atado a um instante de tempo, enquanto surge, se desvanece”⁶⁰.

Assim, uma fala, um enunciado num tribunal não constitui por si só direito ou produção de direito, nem mesmo uma decisão por si mesma é já direito, assim fosse direito não seria sistema de comunicação sobre lícito/ilícito da sociedade, mas sim interação ou enunciado, nem sequer discurso seria. Se é sistema de comunicação, o direito, na medida em que se diferencia de seu entorno (diferencia-se tanto dos outros sistemas da sociedade como de seu ambiente) não se isola, afinal diferenciação é construção recursiva de um sistema, é aplicação da construção sistêmica ao resultado da própria diferenciação⁶¹. O sistema, portanto, vive integrado (acoplado) ao seu meio (entorno, ambiente), o que promove redução do grau de liberdade do próprio sistema. Com isso, observamos o quanto o sistema se adapta, aprende com o ambiente. Neste caso, a formação histórica do debate foi produzindo uma ambiência viável à inclusão da união entre pessoas do mesmo sexo na decisão do STF. Fosse essa decisão há cinco dez anos atrás, ela não teria tido o conteúdo que teve.

3 O QUADRO CÊNICO: A INTERCOMPOSIÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO

Para lidar com o quanto cada participante se dedica a traçar cenas para legitimar seu discurso

enunciado, recorreremos à análise de discurso, da qual retiramos a ideia de que, por mais não jurídico que seja um argumento enunciado, discursivamente se pode identificar a pretensão em involucrar um argumento como integrante do discurso jurídico. Isso é constatado quando, por exemplo, o representante enviado pela igreja católica para falar na audiência do STF não foi um bispo ou um arcebispo, mas um advogado, portanto alguém com domínio do se comunicar nos moldes do discurso jurídico, do sistema jurídico. Todavia, qual a legitimidade do STF para tomar tal decisão? Justamente a legitimidade de organização central do direito da sociedade.

O tema da legitimidade do STF para tomar decisões como essa traz ao debate questões como o ativismo judicial, ou seja, o quanto o STF está ocupando função de legislador. O representante AEB afirmou que “esqueceram de falar o princípio mais importante da carta constitucional [...] ‘todo poder emana do povo’, art. 1º, parágrafo único” e, seguindo, com sete minutos de fala, questiona “por que Cabral e Dilma não fazem um plebiscito? Porque sabem que vai perder. O povo brasileiro não aceita, ele tem sua cultura enraizada”.

O Ministro Ayres Brito relata que consultou todos os tribunais estaduais e assembleias estaduais, obtendo por resultado que a maioria declarou concordar com a equiparação entre essas uniões humanas. Sobre o tema, citamos o seguinte enunciado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo (ver 12-13, do voto).

Para observar com foi possível a decisão do STF, verificamos a copresença de distintos discursos constituintes nas enunciações dos

⁶⁰ LUHMANN, 2007, p. 49.

⁶¹ LUHMANN, 2007, p. 473.

falantes, para isso aplicamos a ideia de cena da enunciação e de discurso constituinte com Maingueneau, inclusive porque:

Maingueneau desenhou um quadro teórico que, a meu ver, oferece novos instrumentos para dar conta dos processos enunciativos [...] o que é mais original em Maingueneau, a meu ver, é a consideração de que os processos enunciativos não obedecem necessariamente à mesma ordem, conforme se trata, por exemplo, de ciência, de literatura, de política, de publicidade etc.⁶².

E, ao final do texto, quando Possenti escreve: “Ele [Maingueneau] permite que fique claro que sua ordem (do texto) não decorre de uma possível liberdade dos sujeitos, mas também que ela é maior ou menor (que pode vir a se exigir!!!) segundo tipos de discurso”⁶³.

Assim como Luhmann e Marcuschi, Maingueneau também não se pauta pela causalidade, mas pela gnosiologia e epistemologia da circularidade reflexividade, afinal, este autor também não se ocupa em buscar a essência ou a origem de um discurso. Pela via da circularidade reflexiva, a história, por exemplo, não se reduz à confecção de continuidades, ela é observada, também, como descontinuidades, como nos alerta Foucault:

[...] discurso não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história [...] é, de parte a parte, histórico – fragmento de história, unidade e descontinuidade na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não seu surgimento abrupto em meio a cumplicidades do tempo⁶⁴.

Com Maingueneau, os enunciados dos discursos constituintes são fechados em sua organização interna ao mesmo tempo em que são reinscritíveis em outros discursos (são capazes de se impor e remodelar para incluir no-

vos enunciados)⁶⁵. Com Luhmann, a sociedade (sistema de comunicação) é possível por termos desenvolvido capacidade de produzir formas de sentido, formas estas que “têm um lado oposto que inclui o que, no momento em que são utilizadas, se exclui”, afinal:

[...] o mundo é um potencial de surpresas ilimitado; é informação virtual que, não obstante, necessita de sistemas para gerar informação; melhor dizendo, para dar sentido de informação a certas irritações selecionadas. Por conseguinte, toda identidade deve ser entendida como resultado do processamento de informações⁶⁶.

Com a teoria reflexiva, portanto, sociedade e discurso são rastros do contínuo e ao mesmo tempo do descontínuo do texto, do enunciado, do social, do discurso, pois o dito e o não dito integram o dito. Assim, ideias como discurso constituinte⁶⁷ e meios de comunicação simbolicamente generalizados⁶⁸ viabilizam reflexões e pesquisas diversas daquelas ocupadas com o descobrir uma origem, desvelar segredos ocultos, determinar como deveríamos ser, estabelecer normas de decisão tais como critérios para um médico decidir se um paciente é ou não é psicopata, para um juiz decidir se algo é lícito ou ilícito, para um leitor interpretar. Dispensados das amarras epistemológicas, não está o observador livre para observar como queira; os limites são institucionalizados pela própria condição de observar, como explica a ideia de paratopia, localidade paradoxal do autor (filósofo, escritor, sociólogo etc.), o qual não se pode pôr “nem no exterior nem no interior da sociedade”, pois “sua enunciação se constitui na impossibilidade mesma de atribuir para si um verdadeiro ‘lugar’”⁶⁹. A paratopia é um pertencimento paradoxal⁷⁰.

A própria definição dos corpora da pesquisa é suficiente para estabelecer limites gnoseológicos e epistemológicos. Documentos catalogados não

⁶² POSSENTI, 2008, p. 203.

⁶³ POSSENTI, 2008, p. 203.

⁶⁴ FOUCAULT, 1986, p. 136.

⁶⁵ MAINGUENEAU, 2008, p. 37.

⁶⁶ LUHMANN, 2007, p. 29.

⁶⁷ MAINGUENEAU, 2008, p. 37-54; MAINGUENEAU, 2010, p. 158.

⁶⁸ LUHMANN, 2007, p. 245-309.

⁶⁹ MAINGUENEAU, 2008, p. 45.

⁷⁰ MAINGUENEAU, 2008, p. 159.

fornecem nem desvelam histórias (para lembrar mais uma vez Foucault), mas viabilizam análises, pesquisas, pois sem um corpus de pesquisa sequer, não há o que analisar. Se questionamos como foi possível, aos cinco dias do mês de maio do ano de dois mil e onze, o STF ter decidido que a união homoafetiva é, juridicamente, equiparada à entidade familiar, precisamos estabelecer os corpora à análise, estabelecer a cena da enunciação, afinal, texto são “rastros deixados por um discurso em que a fala é encenada”⁷¹.

Fosse direito exclusivamente legislação, toda mudança social seria necessariamente ilícito até alterada a legislação. Para uma explicação da ambivalência ordem/mudança no direito somamos a ideia de discurso constituinte, à teoria da sociedade como sistema comunicacional. Fosse direito pré-determinado por texto legislativo, jurisprudencial, doutrinário, como explicar a decisão do STF que equiparou a união homoafetiva com entidade familiar?

Para uma reflexão sobre essa questão, recorremos à ideia de discurso constituinte de Dominique Maingueneau, para quem “o sentido é fronteira e subversão da fronteira, negociação entre pontos de estabilização da fala e forças que excedem toda localidade”⁷² e “enunciar não é somente expressar ideias, é também tentar construir e legitimar o quadro de sua enunciação”⁷³. Além disso:

[...] no espaço discursivo, o Outro não é nem um fragmento localizável, uma citação, nem uma entidade exterior; não é necessário que seja localizável por alguma ruptura visível da compacidade do discurso. Encontra-se na raiz de um Mesmo sempre já descentrado em relação a si próprio, que não é em momento algum passível de ser considerado sob a figura de uma plenitude autônoma. É o que faz sistematicamente falta a um discurso e lhe permite fechar-se em um todo. É aquela parte de sentido que foi necessário que o discurso sacrificasse para constituir sua identidade. Disso decorre o caráter essencialmente dialógico de todo enunciado do discurso, a impossibilidade de dissociar a interação

dos discursos do funcionamento intradiscursivo. Essa imbricação do Mesmo e do Outro retira à coerência semântica das formações discursivas qualquer caráter de ‘essência’, caso em que sua inscrição na história seria assessoria; não é dela que a formação discursiva tira o princípio de sua unidade, mas de um conflito regrado⁷⁴.

Aqui, tem lugar a questão do quadro cênico. Ora, não analisamos pronunciamentos numa audiência do STF, analisamos discursos. Não por isso, arvoramo-nos a estabelecer um conceito de discurso. Assim como o termo direito, sociedade, estado, indivíduo, pessoa, discurso não é referido com uniformidade. Obviamente. Para não confundir discurso com enunciado, argumento ou texto, Maingueneau propõe como discurso o “artefato constituído para e por um procedimento de análise que terá a função de situar e configurar, em dado espaço-tempo, enunciados em arquivo”⁷⁵. A complexidade do termo discurso nos leva à ideia de o discurso, simultaneamente, ser constituído por: a) supõe uma organização transfrástica (o discurso é uma organização situada para além da frase, porquanto vivenciam regras de uma organização, de uma comunidade discursiva); b) é orientado; c) é uma forma de ação; d) é interativo; e) é contextualizado; f) é assumido; g) é regido por regras, normas; h) é considerado no bojo de um interdiscurso⁷⁶.

Não nos cabe aqui esclarecer cada uma dessas características do discurso, todavia, devido a elas, essa concepção de discurso está situada na perspectiva pragmática e, inclusive, diferenciado de texto e enunciado, porquanto textos são “unidades verbais pertencentes a um gênero de discurso” e enunciado, a diferença de enunciação, é uma “marca verbal de um acontecimento que é a enunciação”⁷⁷.

Visualizamos, pois, discurso jurídico como uma espécie de discurso que contém regras, limites, organicidade (o discurso, como unidade transfrástica, está submetido às regras de

⁷¹ MAINGUENEAU, 2005a, p. 85.

⁷² MAINGUENEAU, 2008, p. 26.

⁷³ MAINGUENEAU, 2005a, p. 93.

⁷⁴ MAINGUENEAU, 2005b, p. 39.

⁷⁵ MAINGUENEAU, 2005a, p. 61.

⁷⁶ MAINGUENEAU, 2005a, p. 52-56; MAINGUENEAU, 2005b, p. 21-25.

⁷⁷ MAINGUENEAU, 2005a, p. 56-57

organização vigentes em um grupo social determinado), temporalidade (o discurso é orientado inclusive por se desenvolver no tempo), contextualidade (o sentido do discurso requer a contextualização do enunciado, da identificação de sujeitos como fontes de referências pessoais, temporais e espaciais, além da modalização), interatividade constitutiva (dialogismo, interdiscurso).

Com essa noção de discurso, questionamos: quando podemos considerar um texto, um enunciado, um discurso como jurídico? Para uma resposta recorreremos à ideia de unidades tópicas territoriais⁷⁸. Assim, **texto legislativo** (Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil etc.), **petição** (documentos elaborados pelas partes, portanto decisões de advogados, promotores, procuradores, defensores públicos, no qual estão escritas informações sobre o caso e requerimento de decisão(ões) do magistrado), **decisão de magistrados** (despacho, sentença, acórdão, súmulas, voto em decisões colegiadas) configuram unidades tópicas territoriais do discurso jurídico, pois integram o tipo de discurso relacionado ao setor de atividade da sociedade chamado direito; assim consideramos porque o tipo de discurso jurídico comporta os gêneros de discurso legislação, petição, despacho, sentença, voto, acórdão.

Ocorre que outros dados integram o corpus da pesquisa e, então, cabe pensar se é o caso de lidarmos com unidades não tópicas como formações discursivas⁷⁹, pois discursos provenientes de igrejas, para serem considerados discursos jurídicos, é preciso aportar sua transversalidade ao promover uma análise de discurso. É o que temos com a inclusão do discurso religioso como jurídico, como ocorreu nos casos da legalização de pesquisa com célula tronco, aborto anacefálico, união homoafetiva, transexualidade. A questão é: quando o advogado da CNBB fala, sua fala

já é discurso jurídico em si? Essa questão pode soar como devaneios acadêmicos, todavia sua importância está na concepção do direito como produto de comunicação da sociedade, portanto não como interpretação de textos legislativos, nem como poder do decididor. Entender que advocacia é organização do sistema jurídico, assim como são os tribunais implica admitir que não só juiz, desembargador ou ministro integram comunicação jurídica. Mais, implica verificar o quanto os *amici curiae* representam sociedade ou falas juridicizadas da sociedade. As implicações para uma compreensão da decisão dessa questão são diversas, uma delas é justamente as implicações da ambiência STF nos discursos dos falantes.

Seguimos essa questão explorando a ideia de cenas de enunciação. Para observar os discursos, portanto como foi possível a decisão do STF, é necessário considerar a cenografia. No quadro cênico, ou seja, na **cena englobante** [a que corresponde ao tipo de discurso jurídico e ao seu estatuto pragmático, viabiliza identificar os lugares (estatutos) dos parceiros e o quadro espaço-temporal, é ela que nos permite considerar os enunciados como integrantes do discurso de tipo jurídico] e na **cena genérica** [da qual identificamos o papel dos parceiros, as circunstâncias espacial e temporal, o suporte material e a finalidade das falas de cada parceiro na audiência do STF] “definem o espaço estável no interior do qual o enunciado adquire sentido”⁸⁰. Ocorre que este quadro cênico não é suficiente, pois as falas dos *amici curiae*⁸¹, durante a audiência do STF, são legitimadas como discurso jurídico se considerarmos a cenografia. É que, devido ao processo de *enlaçamento paradoxal* - no qual “a enunciação, ao se desenvolver, esforça-se por instituir progressivamente seu próprio discurso de fala”⁸² - podemos observar que um enunciado emitido por um representante da igreja, nas dependências do STF, portanto, num processo

⁷⁸ MAINGUENEAU, 2008, p. 16-17.

⁷⁹ MAINGUENEAU, 2008, p. 18-23.

⁸⁰ MAINGUENEAU, 2008, p. 116; MAINGUENEAU, 2010, p. 188.

⁸¹ Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFGM e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks.

⁸² MAINGUENEAU, 2008, p. 118.

judicial, configura um discurso jurídico por sua cena ser a audiência judicial realizada no STF.

Com isso, as falas dos *amici curiae*, por exemplo, dos representantes da igreja, são discursos jurídicos e não discursos religiosos. Assim é porque os discursos que originalmente são religiosos, políticos, reivindicatórios são transformados em jurídicos na medida de sua enunciação. É que:

[...] cenografia é, ao mesmo tempo, *origem e produto do discurso*; ela legitima um enunciado que, retroativamente, deve legitimá-la e estabelecer que essa cenografia de onde se origina a palavra é precisamente a cenografia requerida para contar uma história, para denunciar uma injustiça etc.⁸³

O Ministro Luiz Fux, por exemplo, defende que julgar não é exclusivamente razão, mas também sentimento. Relata sua história como juiz de carreira para se referir à experiência de magistrado como responsável por decidir. Centra seu argumento no sentimento, no amor. Afirma que “justiça está em buscar justiça, não numa definição que se pode ter antecipadamente”. Se ser homossexual não é crime, porque não constitui entidade familiar? “[...] por força de duas questões que são abominadas por nossa constituição: a intolerância e o preconceito”. Cita o preâmbulo da Constituição Federal e, em seguida, o caput de seu art. 5º e passa a citar legislações internacionais. O que é uma família no Brasil? “[...] família só tem propriedade quando nela há respeito pela dignidade humana. Se é assim, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. A pretensão é conferir juridicidade à união homoafetiva, equiparando-a à entidade familiar”. Não se justifica não admitir essa equiparação, pois inúmeros princípios constitucionais conspiram em favor dessa equiparação. Ex. isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana, proteção do Estado à pessoa etc. Fala em tecido normativo do texto constitucional. Afirma que “o ser humano se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico”. Alega que se o legislador não faz sua função, cabe ao STF fazer, pois ele órgão do governo e como

tal deve buscar aplicar o direito considerando a igualdade, o princípio que o governo garanta a todos viverem com dignidade. Então cita Ronald Dworkin, depois Hannah Arendt ao tratar da dignidade humana como valor fundamental à humanidade, à implementação de uma política que garanta uma vida com igualdade, liberdade e dignidade. Volta a citar autores do direito para firmar a dignidade humana. Por fim, recorre à máxima jurídica “onde está a sociedade, está o direito” para afirmar que se a sociedade evolui, o direito deve evoluir. Considera que este é um momento de ousadia judicial e, na continuidade, que, “se o legislador não quis fazer tal ousadia, cabe ao Tribunal fazê-la. Este é um momento da travessia, cabe ao STF fazê-la”. Cita, então, Fernando Pessoa. No fim, declara acompanhar o relator votando favorável à equiparação.

Nossas observações sobre esse voto do Ministro Luiz Fux é que ele está organizado desde as regras constitutivas do discurso jurídico, como ensina Maingueneau, porquanto estão presentes as regras do “mundo do direito”, da comunidade discursiva jurídica. Como ministro, Fux tem poder de voto, sua fala não tem os mesmos moldes que as falas daqueles que não são ministros. Seu enunciado é constitutivo do discurso jurídico porquanto orientado por identificar normas jurídicas (legislativas ou não) favoráveis à equiparação; como forma de ação, o voto defende uma ideia de decisão justa; seu voto é eminentemente interativo, inclusive dialoga com os demais ministros e com peças processuais das partes, está contextualizado, dadas as circunstâncias ambientais (sala do STF, uso de toga, tom de voz etc.), o momento histórico social (o debate não é novo no mundo jurídico), é um discurso assumido (é um voto de um ministro do STF, tem elementos à formação do discurso jurídico); quanto interdiscurso, há citações explícitas de outros autores bem como aforismos como referência à sua história até o STF, seus sentimentos pessoais, apelos.

Todas essas observações têm lugar devido ao objetivo de explicar “como foi possível” o STF ter tomado a decisão jurídica que tomou no dia

⁸³ MAINGUENEAU, 2008, p. 118.

cinco do mês de maio de 2011. Numa frase, isso foi possível porque direito é um sistema de comunicação da sociedade, portanto contingente, duplamente contingente porquanto limitado por seu entorno ao mesmo tempo em que limitado por seu interior.

Seguindo a análise, visando agora não mais compreender cada voto, mas a decisão do STF, descreveremos uma sequência de votos para só ao final lançar nossas observações.

A Ministra Ellen Gracie aponta que o tema é debater a “interpretação legitimadora” do art. 1.723, do Código Civil, de maneira a ser interpretado “conforme a constituição” e a incidir também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. Faz referências às peças dos autos. Cita a dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição Federal. Se a união homoafetiva é estável, por que não é entidade familiar? Afirma que contra todas as formas de covardia e violência aplicadas contra as minorias, como preconceitos, é amplamente repudiado pelo ordenamento jurídico. Cita Guimarães Rosa para dizer que “a vida não é entendível”, assim, afirma que “o direito existe para a vida, e não a vida para o direito”. O que temos aqui é um debate sobre qual a melhor interpretação ao Código Civil, o qual repete o art. 226 da Carta Magna. O artigo 1.723 do Código Civil, mesmo contendo o mesmo texto do art. 226 da Constituição, deve ser interpretado afastando-se o preconceito. Como a interpretação do texto constitucional não comporta uma interpretação preconceituosa, pois sobre ele incidem os princípios constitucionais da liberdade, da dignidade humana, o Código Civil também não deve ser interpretado preconceitosamente.

Durante o voto, toma a palavra o Ministro Gilmar Mendes, e a Ministra Ellen Gracie lhe concede a palavra. O Ministro Gilmar Mendes afirma que “talvez o único argumento que pode quando se invoca a possibilidade de se ter a união entre pessoa do mesmo sexo, invoca-se o dispositivo do código civil como óbice”, “Minha primeira pré-compreensão é que o texto não é excludente, não só com base no texto ou mesmo na constituição, mas no ordenamento jurídico [...]”. Aqui observamos que nenhum método de

interpretação é capaz de explicar tal decisão, muito menos a teoria da argumentação, por isso sugerimos uma teoria reflexiva, pois uma teoria reflexiva é capaz de explicar a produção do direito, a decisão jurídica em sua empiricidade. O que implica nos afastarmos da pretensão de ensinar juiz a decidir, como é frequente entre doutrinadores jurídicos.

Retoma a palavra a Ministra Ellen Gracie e afirma que a largueza da interpretação não está na literalidade. O artigo não é literal porque, ao final, na segunda parte, a Constituição viabiliza a ampliação, por interpretação, do sentido de entidade familiar. A Constituição, afirma a ministra, não pode defender a intolerância, seus princípios maiores fazem com que a sirva para concretizar valores. É papel da hermenêutica constitucional a compreensão histórica, com a visão total de sua época: hermenêutica das palavras (gramaticalidade), do espírito (historicidade, contextualidade), do sentido (a constitucional) (cita José Afonso da Silva). A interpretação não pode se dar pela intolerabilidade da liberdade de escolha pela felicidade. A referência expressa a uma mulher não implica inferiorizar cada um de nós, excluir outras alternativas. Por fim, julga conforme o relator. Observamos aqui nitidamente a construção de sentido do direito. Construção esta que contém a aplicação da memória do sentido de entidade familiar, bem como dos tantos debates e ações judiciais já realizados, ao mesmo tempo em que há mudança desse sentido historicamente construído de entidade familiar.

O Ministro Ricardo Lewandowski argumenta que se tende a vincular família a casamento, aqui, cita as Constituições brasileiras anteriores. Na Constituição de 1988, identifica três tipos de famílias: união entre homem e mulher (casamento civil), união estável (de fato, concubinato) e a monoparental. União homoafetiva é entidade familiar aplicando o método sistemático, é um quarto tipo de entidade familiar, inclusive porque ela não é proibida pelo ordenamento. Cita Canotilho (38min.). Na ordem constitucional em vigor, família é a base da sociedade e merece proteção do Estado. O importante é proteger todas as formas de família social e não estabelecer como cada um deve constituir sua família. A falta

de norma específica, não implica negar direitos às formas como as pessoas buscam ser felizes. No senso de 2010, o IBGE identificou 60 mil casais homossexuais declarados no país. A relação duradoura é apta a ser aplicado o contido no art. 226, pois a textualidade “homem e mulher” é meramente exemplificativa, não taxativa. Assim, refere-se ao instrumento metodológico da integração, o que implica não se tratar de uma substituição do legislador, mas de suprir lacuna da legislação, ainda que de forma provisória. Esclarece, ainda, que não quer reconhecer uma união estável homoafetiva, por interpretação extensiva do art. 226, da Constituição Federal, mas uma união estável homoafetiva estável, dado o processo de integração analógica. Desvela-se outra espécie de entidade familiar. Reconhecida a união homoafetiva com entidade familiar, nos aspectos em que são assemelhados, através do emprego da analogia no âmbito jurídico. Vota em favor da aplicabilidade, por analogia, às uniões homoafetivas de todas as normas aplicáveis à união heteroafetivas. Mais uma vez, observamos a constante produção do sentido do direito inclusive explorando informações típicas do direito, como textos legais e jurisprudência, ao mesmo tempo em que explora informações não jurídicas.

O Ministro Joaquim Barbosa traz ao debate que se trata de interpretar considerando os preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade humana. Para isso recorre ao descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito, pois o direito não foi capaz de acompanhar as mudanças sociais, papel da Corte Constitucional (Cortes Supremas). Com isso, defende que cabe a elas fazer a ponte entre o direito e a sociedade. As relações homossexuais não diferem em nada das heterossexuais, o que varia é como a sociedade trata dessas relações. Recorre à analogia e declara que comunga com o voto do relator, principalmente por a Constituição vedar a discriminação e mitigar pelo peso das desigualdades baseadas no preconceito. O art. 3º da atual Carta de República é promover o bem de todos sem preconceitos, formas de discriminação. Vota com o relator.

Nossas observações sobre cada voto, cada

fala, cada informação (enunciado) apresentados pelos participantes da audiência no STF nos levam a afirmar o quanto tem lugar uma teoria reflexiva da decisão judicial.

4 OBSERVAÇÕES DOS DISCURSOS CONSTITUENTES NA FORMAÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO DA SOCIEDADE

Ao aplicar as contribuições da teoria reflexiva da sociedade como sistema de sentido para uma compreensão da decisão jurídica. Na literatura jurídica não faltam autores - Hans Kelsen e Herbert Hart, por exemplo - reconhecendo a impossibilidade de a legislação prever todas as formas e possibilidades de casos socialmente possíveis.

A “descoberta” da ambiguidade e da vagueza, por juristas, foi suficiente para limitar o debate jurídico à ideia de que, sendo o direito texto, a decisão jurídica é discricionária (Hans Kelsen, normativismo, e Herbert Hart, realismo analítico) ou é arbitrária, uma questão de poder (persuasão – retóricos). Essa dicotomia não viabiliza explicar a decisão jurídica, pois ela é arbitrária e discricionária, ao mesmo tempo. Para uma compreensão dessa afirmação, reproduzimos os arts. 126 e 131 do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Do artigo 126 destacamos a obrigatoriedade de decidir, o que implica ao Judiciário a função de estabelecer qual das partes de um processo judicial é a que detém determinado direito (*jurisdictio*), bem como a ideia de a decisão do juiz estar limitada à aplicação das normas legais. Do artigo 131 destacamos a ideia de livre apreciação

da prova. Ambos os artigos trazem o paradoxo da liberdade limitada do julgador, ambivalência presente na liberdade de leitura, da interpretação, o que lembra a ideia de *paratopia*, pois o decididor, ao tomar a decisão, enuncia um direito e, essa enunciação está localizada no mundo jurídico, no discurso jurídico, logo não há que se falar em plena liberdade de decisão, mas em “cenas de enunciação”, para usar uma expressão da análise de discurso de Maingueneau.

Recorrendo à análise de discurso, evitamos reduzir o debate a críticas (elogios, censuras e/ou condenações) à decisão tomada, a exemplo de se afirmar que o julgador não sabe ler a legislação, como se decisão correta fosse exclusivamente aquela “ajustada” à correta interpretação, compreensão e aplicação da legislação ao caso. Observamos que várias técnicas hermenêuticas tiveram lugar no debate, inclusive para nortear o quanto os ministros se veem legislando e não tomando uma decisão judicial.

Em nossa perspectiva, aplicando ideias da teoria reflexiva do direito como sistema social de comunicação, sugerimos que para uma compreensão da decisão jurídica é impensável se se insiste na lógica causal. Certo é que a teoria reflexiva não é por si suficiente, pensássemos assim, cairíamos na tentação de imaginar haver uma única teoria da decisão jurídica; pelo contrário, há diversas teorias da decisão jurídica, apenas umas levam a umas reflexões e outras a outras. A amplitude da observação é uma questão do observador, não da teoria em si, do objeto em si.

Questionar, portanto, como foi possível o STF decidir pela inclusão da união homoafetiva no sentido de entidade familiar, levou-nos a observar, simultaneamente, as regras discursivas da organização jurídica (especificamente do Judiciário, especificamente, da audiência no Supremo Tribunal Federal, como produtor do discurso jurídico da sociedade), a interatividade constitutiva do direito (interdiscursividade), a produção de sentido do direito e o desenvolvimento do discurso no tempo (o discurso é orientado).

Adicionados elementos da análise de discurso à teoria da sociedade de Luhmann, pudemos observar que a constituição do direito da sociedade (portanto do discurso jurídico) é possível

uma vez considerando a interioridade e a exterioridade, portanto os limites estabelecidos pelo próprio direito da sociedade ao mesmo tempo os limites de seu entorno, como observamos a presença de referências típicas do discurso jurídico (cenas de sua enunciação, a exemplo, enquadrar-se em legislações, jurisprudências, doutrinas) ao mesmo tempo em que observamos a presença de referências ao entorno (ciência, política, economia, religião, amor).

Ao observar o quadro cênico, vimos o quanto não é suficiente para delimitar os argumentos (enunciados) referências às fontes formais do direito, o que nos leva a afirmar que a produção de sentido do direito da sociedade envolve interpretação de textos legislativos bem como inclusão das mais variadas fontes de informação, ou seja, a presença de informações de outros sistemas sociais na formação do sistema do direito da sociedade, ou a presença de outros discursos constituintes no discurso jurídico.

Ficam aqui nossas observações sobre dados da decisão do STF que firmou, juridicamente, a equiparação da união homoafetiva como entidade familiar. Decisão esta que foi possível porque o direito está em constante produção e reprodução de sentido. Se é assim, para explicar a decisão jurídica propormos uma teoria reflexiva, não um modelo teórico ou uma teoria definitiva, mas uma teoria também em constante construção. Fica, portanto, a proposta de a teoria reflexiva do direito como sistema social de comunicação ser uma alternativa às observações de como é possível a decisão judicial ser tal como é.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, MPMG, n.10, p. 292-314, jan./jul. 2008.

_____. *União homoafetiva não é apenas dividir economias*. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato>>. Acesso em: 30 dez. 2010.

_____. *As uniões homoafetivas no STJ*. 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_no_stj.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2014.

FOERSTER, Heinz von. *Understanding, Understanding*. Essays on cybernetics and cognition. New York/Berlin/Heidelberg: Springer, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária [1969], 1986.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos/México: Universidad Iberoamericana/Santafé de Bogotá: PUC Javeriana, 1998.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.

_____. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

MAINGUENEAU, Dominique. *Análise de textos de comunicação*. São Paulo: Cortez, 2005a.

_____. *Gênese dos discursos*. Curitiba: Criar, 2005b.

_____. *Cenas da enunciação*. São Paulo: Parábola, 2008.

_____. *Doze conceitos em análise de discurso*. São Paulo: Parábola, 2010.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Fenômenos da linguagem*. Reflexões semânticas e discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007a.

_____. *Cognição, linguagem e práticas interacionais*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007b.

_____. *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola, 2008.

STAMFORD DA SILVA, Artur. Gödelização da racionalidade e o limite da decisão jurídica: desparadoxizando a dicotomias da hermenêutica desde a teoria dos sistemas de sentido com Niklas Luhmann. *Revista Acadêmica* (Faculdade de Direito do Recife). Recife, Nossa Livraria, n. LXXXI, p. 113-137, 2009.

_____. Decisão jurídica e mudança social. Para uma Sociologia da Decisão Jurídica. *Revista Confluências*. Rio de Janeiro, PPGSD, n. 11, p. 121-150, 2010.

_____. Decisión judicial y cambios sociales en la óptica de la teoría de sistemas de sentido social. In: CADENAS, Hugo; MARCAREÑO, Aldo; USQUIZA, Anahí (Ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago de Chile: RIL. 2012. p. 267-316.

_____. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29-58.

POSSENTI, Sírio. Sobre o sentido da expressão “sentido literal”. *Os limites do discurso*. Curitiba: Criar Edições, 2004. p. 227-234.

_____. Um dispositivo teórico-metodológico. *Contribuições de Dominique Maingueneau para a análise do discurso no Brasil*. São Carlos-SP: Pedro e João, 2008. p. 201-212.

ENTRE O DESAFIO DE CONCILIAR E O DEVER DE TUTELAR:

LIMITES E OBSTÁCULOS DA CONCILIAÇÃO EM AÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Bárbara Gomes Lupetti Baptistaⁱ
Thais Borzino Nunesⁱⁱ

Sumário: 1. Introduzindo e contextualizando a problemática. 2. Significados, perspectivas empíricas e o contexto de introdução da conciliação no Judiciário. 3. Das ações de interesse público e do princípio da indisponibilidade. 4. Alguns obstáculos empíricos identificados no trabalho de campo. 4.1. Do respaldo institucional – “É tudo muito amarrado”. 4.2. Entre a “coragem” e o “medo”. 4.3. Da “vanguarda” que respalda a política interna de conciliação tanto no Judiciário como nos órgãos fazendários. 4.4. A cultura do litígio: “conciliar dá mais trabalho do que litigar”. 5. Reflexões finais. Referências.

Resumo

Este artigo pretende explicitar, desde uma perspectiva empírica, a forma como práticas conciliatórias vêm sendo implementadas no âmbito de causas de interesse público. Precisamente, descreveremos alguns dos principais obstáculos enfrentados pelos entes públicos na introdução da conciliação em ações de seu interesse. A pesquisa incorpora uma profícua interlocução entre o direito e a antropologia, e os seus resultados são fruto do trabalho de campo realizado com atores processuais e da observação de audiências em juizados federais, por meio de entrevistas. Durante a pesquisa, identificamos alguns paradoxos decorrentes, de um lado, da expectativa do Judiciário, que cada vez mais recrudescer suas

ⁱ Pesquisadora do InEAC, Professora do PPGD/UCP e da UFF.

ⁱⁱ Bolsista de Pibic/CNPq e Graduada em Direito na UCP.

políticas institucionais de incentivo à conciliação, de outro, de dogmas e normas que limitam a atuação dos atores processuais, que se veem entre o desafio de conciliar direitos tradicionalmente indisponíveis e o dever de tutelar o interesse público.

Palavras-chave: Conciliação. Interesse público. Indisponibilidade.

Abstract

This article intends to express, in an empirical perspective, the way as conciliation practices are being implemented in the range of interest public causes. We will describe, precisely, some of the main obstructions faced by the public entities in the introduction of the conciliation in judicial proceedings of their interests. The research adds a benefit dialogue between law and the anthropology and its results are consequence of survey done with procedural actors and observation of audiences in special proceeding, through interviews. During the research we have identified some elapsing paradoxes, at one side, from of Judiciary, which more and more increases its institutional politics of incentive to conciliation and, on the other hand, of dogmas and clauses that limit the action of procedural actors, whom see themselves between the challenge of conciliate traditionally unavailable rights and the duty of care of public interest.

Keywords: Conciliation. Public interest. Unavailability.

1 INTRODUZINDO E CONTEXTUALIZANDO A PROBLEMÁTICA

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do grupo de pesquisa intitulado “Processo, Práticas Judiciárias e Pesquisa Empírica em Direito”, ao qual estão integrados alunos da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, no Rio de Janeiro, circunstância que provoca e permite o diálogo e a interlocução entre estudantes de distintos níveis de formação.

Além disso, especificamente o tema objeto deste *paper*, é fruto de um projeto de pesquisa de iniciação científica financiado pelo CNPq, sob o título “Entre o desafio de conciliar e a cultura de litigar: perspectivas e obstáculos da conciliação em ações de interesse público”, que pretende compreender, desde uma perspectiva empírica, através da realização de pesquisas qualitativas, de que forma o Poder Público está lidando com a introdução de métodos alternativos de administração de conflitos, notadamente a conciliação, que, cada vez mais, vem sendo incentivada institucionalmente pelo Judiciário.

De modo específico, o projeto pretende identificar se existem e quais são os obstáculos enfrentados pelos entes públicos na implementação da conciliação nas ações de seu interesse.

O trabalho aqui apresentado recorta a problemática ampliada do projeto de pesquisa e está centrado, exclusivamente, na explicitação dos obstáculos que nos foram apontados pelos próprios operadores do Direito – nossos interlocutores na pesquisa empírica que estamos realizando – para a introdução da conciliação em ações de interesse público, aqui entendidas como sendo aquelas nas quais figuram em um dos polos processuais os entes públicos.

Em um primeiro momento da pesquisa, nossa hipótese central de trabalho sugeria haver lógicas enviesadas e de contraste entre o discurso do Poder Judiciário, incentivador da conciliação, e a atuação prática dos entes públicos, desestimuladora ou simplesmente reativa à implementação de métodos alternativos em ações de interesse público, restringindo-se a compreensão desta categoria àquelas ações em que qualquer ente

público figure como parte processual.

E, mais do que isso, nossa percepção nos induzia a acreditar que o motivo deste contraste entre o discurso idealizado do Judiciário e as práticas reativas do campo empírico se relacionava com o dogma representado pelo “Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público”, muito caro ao Direito Administrativo, e que, por natureza, obstaculizaria qualquer tipo de transação, por preconizar, basicamente, que os entes públicos tutelam direitos alheios, lidam com a “coisa pública” e, portanto, não têm autonomia para dispor desses direitos.

Iniciada a pesquisa de campo, ainda incipiente, porque o projeto foi recentemente aprovado, em julho de 2013, estamos identificando que, efetivamente, a lógica dos Tribunais de incentivar a conciliação tem encontrado barreiras na estrutura hierarquizada dos entes públicos, confirmando a hipótese inicial de que o discurso e a prática estão destoando. No entanto, para além disso, estamos observando que existem outros obstáculos à implementação da conciliação em ações de interesse público, que vão muito além da crença no “Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público”, sendo, portanto, a explicitação desses obstáculos, o nosso principal interesse de reflexão neste *paper*.

A metodologia da pesquisa, de natureza qualitativa, está centrada em trabalho de campo, realizado através de entrevistas formais e informais com operadores do campo do Direito, quais sejam, juízes federais, procuradores e advogados da União, aliada à observação de audiências de conciliação, especialmente aquelas empreendidas no âmbito do projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) designado como “mutirão de conciliação”.

Pretendemos incorporar ao trabalho de campo a revisão bibliográfica do tema, de modo que o estudo da teoria produzida até então nos

ajude a compreender aspectos dogmáticos desta reflexão. Entretanto, para este trabalho, centramos a nossa abordagem na descrição dos dados empíricos coletados durante a nossa pesquisa de campo.

O espaço empírico do nosso trabalho está recortado na Justiça Federal, já que pretendemos entender as dificuldades enfrentadas à introdução da conciliação em ações de interesse público, sendo a competência da Justiça Federal¹ especialmente relevante para este tipo de análise, tanto em processos que tramitam pelo procedimento ordinário, quanto naqueles dos Juizados Especiais Federais².

Além disso, centramo-nos em conflitos cíveis porque os criminais, comumente, não são passíveis de transação, salvo exceções que restringiriam muito a nossa análise.

Geograficamente, a pesquisa vem sendo realizada nos municípios de Petrópolis, onde está localizada a Universidade à qual estamos vinculadas, e do Rio de Janeiro, onde temos facilidade de acessar um número maior de interlocutores e de observar mais audiências, devido ao volume de trabalho ser mais expressivo do que em Petrópolis, pelo próprio tamanho das cidades e número de habitantes.

Como dito acima, os resultados da pesquisa são incipientes e parciais, mas já se mostram surpreendentes, visto que, através do trabalho de campo foi possível identificar, na fala dos interlocutores, que eles encontram outros óbices, além daquele que previmos, para a realização da conciliação em ações de interesse público. Alguns obstáculos que nos foram explicitados dizem respeito a problemas de estrutura dos entes públicos, outros se vinculam a costumes e cultura internalizados no campo do Direito e outros são provocados pela própria Administração Pública, conforme será demonstrado abaixo.

Os principais impasses que nos foram narra-

¹ Os juízes só podem exercer o seu dever de prestar a jurisdição, segundo a sua competência, que seria a determinação do espaço e do âmbito de sua atuação. A Constituição Federal prevê a distribuição dessa competência e, em seu artigo 109, inciso I, expressa que “aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

² Os procedimentos são distintos conforme o modo através do qual o processo vai tramitar. Os Juizados Especiais Federais pretendem entregar à sociedade uma prestação jurisdicional mais célere, econômica, com menos atos formais e menos burocratizada, diferente daquela própria da Justiça tradicional, ordinária, onde, pelas peculiares que a cercam, a prestação jurisdicional é mais demorada e cara. A Lei n. 10.259/2001 trata dos Juizados Especiais Federais e, em seu art. 6º prevê que “podem ser partes no Juizado Especial Federal, como Rés, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais”.

dos são, por exemplo: o rígido controle interno e institucional acerca das ações em que os entes públicos têm autorização para a transação e daquelas em que a conciliação está proibida; o medo dos procuradores de proporem transações de forma autônoma e depois sofrerem processos administrativos por não terem observado a hierarquia da instituição; o fato de ser menos trabalhoso para eles cumprirem os modelos estabelecidos e copiarem as peças processuais previamente elaboradas do que analisarem detidamente os processos para identificar em quais é ou não é possível conciliar; o papel dos advogados que, por vezes, têm motivações pessoais, relacionadas ao recebimento de maiores ou menores honorários, o que os influenciaria a não aceitarem as propostas feitas pelos entes públicos; dentre outros, de caráter empírico, que influenciam na falta de fomento à conciliação, sendo certo que não trataremos de todos aqui.

2 SIGNIFICADOS, PERSPECTIVAS EMPÍRICAS E O CONTEXTO DE INTRODUÇÃO DA CONCILIAÇÃO NO JUDICIÁRIO

O termo “conciliação” é definido e identificado de distintas formas pelo campo do Direito. Em outro foro, teve-se a oportunidade de destacar quais os significados e as representações atribuídos pelos operadores do campo jurídico ao instituto da conciliação e em que contextos essa medida alternativa surgiu e vem sendo implementada³.

Genericamente, a conciliação é identificada como sendo um meio alternativo de solução de conflitos, que pode ser feita de forma extrajudicial ou judicial⁴. A conciliação extrajudicial

é aquela feita antes do processo e pode ser realizada em Núcleos de Conciliação formados em comunidades, Associação de Moradores, Centro de Direitos Humanos, entre outros locais destinados à conciliação. Já a conciliação judicial é aquela feita após o início do processo, em sede judicial.

Em quaisquer dos casos, a conciliação tem por objetivo precípuo, ao menos teoricamente, fazer com que as partes possam discutir o problema que gerou a ação judicial e tentar, com a ajuda de um conciliador, chegar a um acordo (solução) que, efetivamente, resolva a lide instaurada naquela relação *inter partes*, de forma que as próprias partes podem decidir o que é melhor para elas e não delegar essa função a um terceiro, que seria o juiz.

Nesse sentido, a conciliação é um método que está sendo cada vez mais incentivado pelo Poder Judiciário, como dissemos acima, especialmente, no CNJ.

Sobre conciliação, no site do CNJ consta a seguinte definição:

O que é conciliação?

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.⁵

Este maior incentivo à conciliação teve como marco regulador a Resolução n. 125/2010 do CNJ⁶, que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” e ex-

³ MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. Rio de Janeiro, IFSC/UFRJ, v. 4, p. 97-122, 2011.

⁴ Vale anotar as seguintes definições de conciliação extrajudicial e judicial:

O que é conciliação? É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

E conciliação judicial? A conciliação é judicial quando se dá em conflitos já ajuizados, nos quais atua como conciliador o próprio juiz do processo ou conciliador treinado e nomeado. Cf. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Base legal da conciliação. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973>. Acesso em: 28 jul. 2014.

plícita, em seu artigo 1º, que cabe aos “órgãos judiciários, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Entretanto, é certo dizer que a prática da conciliação judicial já estava prevista, desde muito antes da Resolução do CNJ, no próprio Código de Processo Civil (CPC), nos artigos 125, inciso IV⁷ (deveres do juiz), artigo 277⁸ (procedimento sumário), artigo 331⁹ (audiência preliminar – procedimento ordinário) e artigo 447¹⁰ (audiência – procedimento ordinário).

O que o trabalho de campo indica é que, após a Resolução mencionada, constatou-se, efetivamente, uma política “obrigatória” de introdução da conciliação nas práticas judiciais. A Resolução n. 125, por seu lado, veio legitimar e institucionalizar posturas que antes eram adotadas de forma periférica, por um ou por outro magistrado que acreditava na ideia. O relato a seguir transcrito corrobora:

Eu mesma, quando não tinha núcleo de conciliação no Tribunal, não tinha nada estruturado, fazia conciliação na minha Vara. E muita gente dizia pra mim: ‘Você está louca’. Era difícil conseguir alguma coisa naquela época. Aí, veio o movimento ‘Conciliar é legal’, depois a Resolução, que veio obrigar os Tribunais a se estruturarem para conciliar. (Juíza federal).

Um juiz federal entrevistado mencionou, inclusive, que na prática forense a ideia de estimular a conciliação não surgiu porque houve uma percepção efetiva do sistema de que as pessoas precisavam ser ouvidas, ter o seu dia na justiça e participar mais ativamente da resolução de seus conflitos, mas sim porque era necessário dar conta do enorme acervo que se acumulava nas

prateleiras e que os magistrados não conseguiam solucionar de forma eficaz. E o mesmo foi dito por um advogado da União.

Na verdade, aqui na Justiça Federal do Rio, a conciliação começou com a necessidade de um acervo grande que não tinha soluções. A gente sentenciava, mas não resolvia. A gente não conseguia finalizar aquele processo. (Juiz federal)

Na União, a cultura sempre foi recorrer de tudo. De tudo mesmo. Até o último recurso. Então, essa cultura de conciliação, ela realmente não acontecia. A conciliação foi um meio para a gente tentar buscar soluções de problemas que estavam ocorrendo aqui, né, e que a gente não conseguia resolver. Ela veio por uma necessidade do volume das ações, especialmente quando tiveram as ações de gratificação de desempenho de funcionários públicos e que nos mandaram dar a paridade para os inativos enquanto não tivesse uma avaliação que medisse o desempenho dos ativos e os remunerasse de acordo com o desempenho [...] Isso gerou uma avalanche. A gente chegou a ter 80 mil ações cadastradas aqui no Rio. A gente não tinha estrutura. A Justiça não tinha estrutura. (Advogado da União).

Uma vez introduzida no sistema como política institucional, a conciliação passou a ser estimulada e o seu uso trouxe para os operadores uma percepção de que esta medida seria eficaz não apenas para dar conta do acervo acumulado, como também para permitir um diálogo com a sociedade e, como revelou uma magistrada federal, seria “uma forma de abrir as portas da justiça para as pessoas”.

No entanto, no que se refere às ações de interesse público, verificamos que, mais do que em outros espaços, a introdução dessa medida tem sofrido resistência e o seu uso tem sido ainda muito tímido.

Se Você olhar os maiores litigantes, até a última vez que eu vi, 51% de todo o acervo processual do Brasil,

⁶ Conferir a íntegra da Resolução em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁷ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”

⁸ “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.”

⁹ “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.”

¹⁰ “Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.”

são os entes públicos. Então, a Justiça Federal tem essa peculiaridade. O maior réu é o INSS, aí seguido da União. E por que essa dificuldade de trabalho que a gente enfrenta? Eles não trazem a planilha, não trazem os cálculos, as propostas de acordo [...] dizem que não têm autorização [...] dependem de portarias autorizadas [...] a Justiça estadual está muito mais avançada nessa cultura da conciliação.

Então, se de um lado o Judiciário sinaliza a introdução de uma forma diferenciada de administração de conflitos, de outro existe uma cultura jurídica que resiste a esses novos métodos consensualizados de administração de conflitos.

Um dos principais obstáculos nesse sentido diz respeito à intransigibilidade das ações de interesse público.

3 DAS AÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO E DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

O primeiro obstáculo identificado – de cunho teórico e empírico – para a introdução de uma lógica consensual de administração de conflitos pelo Judiciário foi o chamado “Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público”.

Existe uma visão muito conservadora por parte de todos os órgãos sobre o que é interesse público. Então, estão sempre casando essa percepção de interesse público com indisponibilidade absoluta. E aí, consequentemente, a impossibilidade de conciliação. (Juíza Federal).

A doutrina clássica do Direito Administrativo dispõe sobre a importância da “Indisponibilidade do interesse público”. Trata-se de um princípio que Carvalho Filho¹¹ ilustra do seguinte modo: “Os bens e interesse públicos não pertencem à Administração, nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.”

Bandeira de Mello¹² corrobora: “os bens e os interesses não se acham entregues à livre dis-

posição da vontade do administrador. É a ordem legal que dispõe sobre eles.” Significa dizer que as pessoas jurídicas de direito público tutelam interesse público, logo, de caráter indisponível, sendo este um aspecto distintivo e peculiar dos entes públicos que litigam na Justiça Federal, que, à primeira vista, deparam-se com a impossibilidade de transigir sobre interesses que são alheios, indisponíveis.

Na qualidade de meros tutores do interesse público, esses entes não titularizam tais direitos, de modo que, em tese, não poderiam sobre eles transigir, diferentemente do que propõem não apenas a Lei dos Juizados Federais, como também a política institucional do CNJ, citada linhas atrás. Ou seja, o interesse público, em razão de sua indisponibilidade e supremacia, em princípio, não admitiria conciliação ou transação. Volpi¹³, a respeito, destaca que: “De um modo geral, a doutrina e a jurisprudência assinalam que o interesse público, em razão de sua indisponibilidade e supremacia, não admite conciliação ou transação, exceto se autorizada por lei.”

Desse modo, o Judiciário teria um impasse intransponível na implementação de sua política institucional, regulada pela Resolução 125 do CNJ, se não fosse possível admitir a relativização e uma reconfiguração dessa forma de interpretar o Princípio da Indisponibilidade.

Sendo assim, apesar dessa visão mais tradicional, também encontramos uma percepção, no sentido de que, aos poucos, justamente em função da nova política estimulada pelo Judiciário, vêm sendo introduzidas novas formas de pensar sobre a indisponibilidade, a tal ponto que já existem espalhados pelo Brasil e especificamente no Rio de Janeiro, “Núcleos de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, realizando diversas audiências e fomentando a transação sobre direitos, em tese, tidos como indisponíveis.

Junto com a implementação dessas práticas, também a dogmática vem reconfigurando a sua visão tradicional. Modernamente, a doutrina do Direito Administrativo¹⁴, cada vez mais, vem

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

¹³ VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, PGFN, ano I, n. II, 2011/2012. p. 11.

relativizando e ponderando a importância desse Princípio.

O discurso de justificativa que vem dando espaço a essa reconfiguração dogmática criou, portanto, uma classificação distintiva da tutela do interesse público: 1) interesse público primário; 2) interesse público secundário.

Legitima-se, com isso, a transação em ações de interesse público secundário, mantendo-se proibida a transação dos interesses públicos tidos como primários e, assim, conformam-se os ideais do discurso com as possibilidades da prática, construindo-se, empírica e discursivamente, um sistema novo, que, agora, exige (e permite) a introdução de métodos consensualizados com os quais a teoria clássica não se adequaria.

Esse rearranjo doutrinário é explicado por Volpi¹⁵:

Nesse ponto é oportuno anotar outra distinção: interesse público primário e interesse público secundário. Aquele se relaciona com fins do Estado. Diz com a vontade popular expressa no texto constitucional. Este diz respeito a interesses transitórios do Governo, que podem não coincidir com aquele.

Nossos interlocutores também incorporam a mesma percepção e relataram como fazem a distinção, na prática:

Você não pode conciliar sobre tudo. Principalmente, na área pública. A gente tem aí a lei de improbidade administrativa, os casos de licitações, as questões de concursos públicos fraudulentos. Então, a gente tem que saber se houve realmente, naquela situação concreta, um comportamento ilegal, ímprobo, uma fraude. Então, a agente não pode conciliar e mandar o processo para o arquivo. Isso que distingue o interesse público clássico, primário, que não admite acordo, do [interesse público] secundário, onde você tem em jogo interesses que, apesar de serem representados por um órgão público, eles na verdade são disponíveis. (Juíza federal)

Muitas demandas interessam à sociedade uma apuração daquilo [...] os casos de fraude. Agora, outras, por exemplo, não [...] por exemplo, esses segurados do INSS [...] eles falecem, tem uma companheira e ela quer a pensão. Mas eles não deixam, em vida, aquela companheira designada para receber a pensão deles. Tem um lugarzinho para marcar o 'xiszinho' que habilita a companheira e ele não marcou. Aí, vai para a Justiça. Este interesse não é o interesse público clássico [...] dá para conciliar. (Juíza federal)

Você pode conciliar naquelas questões clássicas, que a Administração na verdade está atuando como particular, né, a situação aí da Caixa Econômica e tal. E essas situações em que o interesse público, na verdade, é um interesse público secundário, não é aquele interesse público primário. Eu acho que, basicamente, é isso. Nesses casos, secundário, pode. Nos outros, não pode não. Porque, para a União, no discurso da União, assim, o simples fato dela estar ali, para ela já há um interesse público. E isso atrapalha a conciliação. Esse pensamento clássico não vai deixar conciliar. Mas, não é assim. Entendeu? Até porque, assim, embora seja uma posição minoritária, o Prof. Binenbojm¹⁶ fala e eu concordo com ele plenamente, que, em muitas situações, o interesse público converge com o interesse do cidadão. Muitas vezes, o que atende ao interesse público não é o interesse da União como parte, é o interesse do cidadão. (Juiz federal).

Dessa forma, a moderna doutrina administrativa e diversos operadores do Direito entendem que os entes da Fazenda Pública podem participar do procedimento de conciliação judicial e, sendo assim, podem transigir sobre os direitos fazendários em prol de uma solução mais justa e célere para as ações judiciais, aderindo, portanto, ao discurso do CNJ, que vem empreendendo motivações para uma nova forma de administração judiciária.

O problema é saber, no caso concreto, em que situações o ente público vai interpretar o interesse envolvido como sendo primário ou secundário e, conseqüentemente, em que situações

¹⁴ Sobre o tema, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando a supremacia do interesse público sobre o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127. BINEMBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 jul. 2014. GAZDA, Emmerson. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n. 83, p.131-158, jan./mar. 2006. VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, PGFN, ano I, n. II, 2011/2012.

¹⁵ VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, PGFN, ano I, n. II, 2011/2012. p. 11.

¹⁶ O interlocutor se refere ao Professor Gustavo Binenbojm e, muito provavelmente, ao seu livro: *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

será possível conciliar. Esta questão tangencia o nosso trabalho, mas não é diretamente o nosso interesse de reflexão neste *paper*. De qualquer forma, para ilustrar o quanto essas classificações dependem da subjetividade do intérprete e não são unívocas, destacamos a fala de uma das juízas entrevistadas, que indagou, antes mesmo do início da conversa, o seguinte: “O que vocês estão chamando de interesse público nesta pesquisa? A gente tem que ter cuidado com essa expressão porque, às vezes, ela é um saco de gatos, onde as pessoas colocam aquilo que lhes convêm. Entendeu?”.

4 ALGUNS OBSTÁCULOS EMPÍRICOS IDENTIFICADOS NO TRABALHO DE CAMPO

Para além da discussão sobre a possibilidade de se transigir, ou não, em ações de interesse público, devido à existência do clássico princípio da indisponibilidade, é certo que o trabalho de campo estendeu o nosso horizonte de pesquisa e nos permitiu perceber que existem diversos outros obstáculos para a introdução da conciliação na Justiça Federal, sobre os quais não havíamos pensado.

Pretendemos destacar, sucintamente, alguns obstáculos que nos pareceram mais interessantes, inclusive, permitiram-nos enxergar aspectos próprios da lógica que orienta as práticas do Judiciário e sobre os quais nem sempre pensamos.

4.1 Do respaldo institucional – “É tudo muito amarrado”

No decorrer da pesquisa empírica constatamos que um dos principais obstáculos ao incentivo de utilizar a conciliação nas ações de interesse público é imposto pela própria organização do órgão fazendário, por meio das súmulas e portarias internas, que delimitam as hipóteses em que o ente fazendário pode propor ou aceitar acordos em processos judiciais. Essas regras internas determinam tanto o tipo de matéria que pode ser objeto de conciliação, como os limites de valores que podem incidir sobre o acordo

proposto.

Esta questão foi recorrente nas falas dos entrevistados e também a percebemos por ocasião da observação das audiências de conciliação que assistimos.

A propósito, foram bastante regulares as críticas dos interlocutores no que dizia respeito aos restritos limites de atuação dos procuradores e advogados da União para realizarem acordos.

Uma procuradora do INSS iniciou a entrevista marcando a sua falta de autonomia, através da fala que intitula esta seção:

É tudo muito amarrado. Essa coisa dos valores, da margem de conciliação [...] é muita burocracia. Você não consegue fazer. Tem o valor autorizado pelo nosso chefe. Aí, se passar daquilo, é o chefe do chefe. E mais do que aquilo, é o chefe do chefe do chefe. Até chegar no procurador geral, lááá em Brasília [...] para liberar dinheiro, você vai subindo, subindo até Brasília. Você precisa de toda uma cadeia sucessória de gerentes para assinar no INSS.

Uma juíza federal também ressaltou a dificuldade de conciliar por causa das normas internas das instituições, que “amarram” os procuradores e restringem a sua autonomia:

Essa questão dos entraves. Assim, ainda há uma pirâmide muito hierarquizada nesses entes públicos. Vocês tinham que ver como está funcionando lá dentro. Mas a gente sente daqui. Eles dependem muito de portarias autorizativas. Só podem conciliar naquelas matérias que os chefes autorizam. Não podem sair daquilo. Os valores também são arbitrados em portarias internas. Quer dizer, hoje a gente está tendo muito acordo em matéria de gratificações de desempenho de servidores. Mas, será que a gente vai conseguir levar isso para outros assuntos? Só fazendo reunião, análises prévias e vendo se a União vai sinalizar positivamente e, a partir daí, autorizar os procuradores a fazer os acordos. Se não for assim, a gente não consegue.

Para além disso, a Lei n. 9.469/1977, em seu art. 1º, corrobora a necessidade de autorização hierárquica para a realização de acordos, preconizando que:

O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas

de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

De outro lado, foi muito interessante perceber o mosaico legislativo e a teia de significados que os operadores atribuem às normas, ensejando atuação distinta conforme o ente público que está envolvido no processo.

Estudamos essa suposta limitação na possibilidade de conciliar em contraste com uma outra previsão legal, que, ao contrário da que fora transcrita acima, autoriza, em sede de juizados, a realização de acordos.

Fizemos o contraste porque muitas das pessoas que entrevistamos e que nos apontaram os entraves normativos para serem autorizados a conciliar, narraram casos ligados a ações que tramitam em juizados especiais, espaços em que existe lei autorizando expressamente os procuradores a fazerem conciliações.

Diante disso, buscamos compreender o que este aparente paradoxo significaria no campo.

A Lei n. 10.259/2001 instituiu, no âmbito na Justiça Federal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, regidos pelos princípios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2º, Lei n. 9.099/1995).

Além disso, o parágrafo único do artigo 10 da lei determina, literalmente, que:

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Dessa forma, verifica-se que um dos pilares do procedimento dos Juizados Especiais Federais, seja qual for a parte litigante, é a utilização da conciliação para dirimir os conflitos judiciais ali propostos e que, no caso da Fazenda Pública, esta poderia conciliar em qualquer processo de competência dos Juizados Especiais Federais, por autorização legal.

Nesse sentido, Faria¹⁷ afirma que:

Como uma das filosofias e cerne do sistema dos Juizados é a possibilidade de transação, ou seja, a realização de acordos, a lei de criação dos JEFs normatizou a possibilidade de os entes federais reconhecerem a probabilidade procedência do pedido e proporem acordo como forma de encerrar o litígio. Tal previsão encontra-se positivada no parágrafo único do art. 10, o qual prevê que os representantes judiciais dos entes federais estão autorizados a propor acordos nas causas de até 60 salários-mínimos. Nesse momento, um paradigma histórico foi rompido: a ideia equivocada de que o ‘princípio da indisponibilidade do interesse público’, considerado pilar de sustentação do direito administrativo, impediria a transação judicial como meio de compor os conflitos.

Apesar disso, verificamos, empiricamente, que ainda existe divergência de interpretação acerca do alcance do dispositivo, especialmente na estrutura interna dos entes fazendários, tanto que muitos dos entrevistados narraram casos de juizados em que diziam não terem sido autorizados a transigir, o que parecia chocar-se com a previsão legislativa.

Identificamos então duas formas contrárias de interpretação do dispositivo: 1) existem procuradores que entendem que a lei autoriza automaticamente a realização de acordos na seara dos juizados federais, motivo pelo qual se sentem autônomos para propor transações livremente; 2) existem outros que consideram que, embora a lei permita a realização de acordos, ainda assim, a autorização tem de ser conferida pela chefia da instituição fazendária, considerando imprescindível a permissão escrita do órgão ao qual estão vinculados, por meio de portarias e súmulas que autorizem as matérias e os valores

¹⁷ FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos Juizados Especiais Federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 24, p. 3, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/53/52>. Acesso em: 21 maio 2013.

possíveis de transação.

Embora haja previsão legal de que os entes fazendários podem conciliar em qualquer ação dentro do limite dos Juizados Especiais Federais (artigo 10, parágrafo único, Lei n. 10.259/2001), o entendimento que prevalece dentro da Administração Pública é o de que os procuradores só podem realizar acordos cuja matéria e/ou valor estejam em conformidade com as regras internas da instituição. Ou seja, na prática, o entendimento que tem prevalecido nos órgãos fazendários é o de que a conciliação só pode ser realizada quando autorizada por um regramento interno da própria instituição, por meio de súmulas, portarias, ou outros instrumentos.

As falas de uma juíza e de uma advogada da União ilustram a questão:

Na prática, os regulamentos do INSS [...] aquilo vale muito mais do que o art. 5º da Constituição. Se não estiver ali, no regulamento, o procurador não vai ceder. É um engessamento muito grande. Ele só concede aquilo que está absolutamente ali, 'by the book'.

A instituição elabora atos normativos, especificando as situações em que a gente pode conciliar. Eu, enquanto advogada da União, se eu não souber que eu tenho esse suporte da instituição, eu não me sinto a vontade para conciliar. Eu tenho um limite, em relação ao valor, à matéria [...] se passar daquilo, eu tenho que submeter a proposta ao meu superior.

Nesse sentido, constatando a realidade, Faria assevera¹⁸: “Os acordos não atingiram o percentual de sucesso. Na verdade, há forte resistência à ideia de que os representantes dos entes federais estejam, agora, legalmente autorizados a reconhecer pedidos judiciais.”

Criticando a postura que prevalece na prática, destaca Gazda¹⁹:

O agente administrativo tem cada vez mais a responsabilidade funcional de perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas, não podendo mais se limitar à mera legalidade formal em desconsideração às orientações da Constituição, ficando evidente que as possibilidades de acordos não se limitam aos casos de

edição de súmulas administrativas. Essas são apenas situações em que o oferecimento da transação torna-se praticamente uma imposição administrativa, como uma espécie de patamar mínimo. Para além disso, há muito espaço para a atuação dos agentes administrativos, ainda mais quando em Juízo.

No âmbito deste trabalho, interessa explicitar também, para além dos obstáculos à conciliação, quando possível, o que está implícito nessas práticas judiciais e que nem sempre conseguimos enxergar. Pois bem, o que esta forma distinta de interpretar a legislação acabou fomentando foi uma “cisão” entre aqueles procuradores que têm “coragem” de fazer acordos, de atuar de forma autônoma e aqueles que têm “medo”. Quer dizer, a restrição imposta pelas regras internas acabou gerando, de parte de alguns operadores do campo do Direito, o que chamamos do fomento à “cultura do medo”, conforme se destacará a seguir.

4.2 Entre a “coragem” e o “medo”

O que chamamos de “cultura do medo” foi mencionado por um dos entrevistados e diz respeito à nossa percepção (e à dele) no sentido de que grande parte dos procuradores e advogados de entes públicos têm “medo” de superar a norma interna e propor acordos com maior autonomia, considerando que, se o fizerem, sofrerão sanções disciplinares ou punições administrativas por supostamente terem “tratado mal” a “coisa pública”.

Essa forma de analisar a situação acaba limitando completamente a atuação dos procuradores na conciliação e imprimindo resistência à introdução desse método consensualizado de administração de conflitos em ações de interesse público.

Um dos interlocutores, procurador da União, fez o seguinte registro: “Agora, existe assim uma cultura do medo [...] essa questão de ser a coisa pública, de que você está cuidando da coisa pública [...] de que você tem que recorrer até o

¹⁸ FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos Juizados Especiais Federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 24, p. 3, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/53/52>. Acesso em: 21 maio 2013.

¹⁹ GAZDA, Emmerson. Administração Pública em Juízo: poder-dever de transigir. *Revista de Doutrina TRF4*. Porto Alegre, ed. 54, jan. 2006. p. 9-10. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em: 7 set. 2013.

final [...]”.

Outro advogado da União também relatou:

Eu já fiz milhares de acordos. A lei autoriza. Eu já fiz. Alguns errados? Certamente. Mas e o que eu economizei de juros que a União não teve que pagar por causa da demora dos processos e dos infundáveis recursos? Isso é economizar dinheiro público. É tratar bem a coisa pública. Então, eu não tenho medo. Mas, tem gente que tem. Tem uma cultura de ter medo. Às vezes, potencializada por atuações de Corregedorias, caça às bruxas etc. Eu nunca vi alguém ser punido por causa disso. Mas as pessoas acham: ‘ah, mas e se acontecer?’. Dizem que eu sou maluco, que eu sou ousado demais.

Uma procuradora apontou o seguinte:

Tem algumas propostas de acordo que são óbvias. Tá na cara que a pessoa faz jus. O STJ já decidiu, mas não tem autorização. Eu não faço acordo. Mesmo assim, eu não faço. Não tenho coragem. Eu sei que depois eu não vou ter apoio nenhum. Não tem condição. Amanhã ou depois eu sofro um processo disciplinar, perguntando: ‘ah, não sei, um caso de auxílio. Olha, por que fez acordo em caso de auxílio-transporte se o Ministério do Planejamento não decidiu ainda? Eu não [...] não tenho margem [...]’.

O outro lado do medo é a coragem. Desse modo, muitos dos entrevistados apontaram essa dicotomia para se distinguirem dos colegas supostamente “medrosos”, dizendo: “eu sou uma pessoa de vanguarda”; “eu sou ousado”; “diziam que eu estava maluca, que não tinha lei autorizando, mas eu sou corajosa”.

Um advogado da AGU corroborou:

Eu sou ousado. Sabe por quê? Se eu for esperar sair uma súmula da AGU, eu não vou [...] até para questões de direito, isso vai demorar muuuito [...] vem a sociedade, o Direito vem depois e a AGU vem depois ainda. Depois que bate, bate, bate, bate mil vezes no Supremo, aí é que vem uma súmula da AGU dizendo ‘ao procurador é possível’ [...].

De outro lado, nos discursos do campo registrou-se um suposto medo de processos administrativos, por força de históricos de corrupção e improbidade em instituições públicas, especialmente o INSS, que teriam levado ao recrudescimento da atuação de chefias. Uma procuradora do INSS alegou que: “a pessoa fica com medo de

perder o cargo por qualquer coisa”. E uma juíza lembrou que:

Nós tivemos, no âmbito da baixada fluminense, um grande número de fraudes envolvendo o INSS. Ainda hoje, a gente tem um problema de fraude no sistema do INSS. Então, assim, é um trabalho contínuo de auditorias, do Ministério Público, né [...] o procurador que é honesto, ele tem medo, né [...] medo de ser contaminado por isso, de ser confundido. (Juíza federal).

O tema da coragem acabou invocando outro aspecto – que surgiu nos dados de campo no que tange à característica necessária para que um determinado órgão “compre a ideia” da conciliação, como mencionou uma juíza federal – vinculado à importância de ter uma “chefia de vanguarda” e que tenha “coragem” de implementar as normas sugeridas pelo CNJ naquela determinada instituição e “fazer a conciliação acontecer”.

4.3 Da “vanguarda” que respalda a política interna de conciliação tanto no Judiciário como nos órgãos fazendários

Outro aspecto que verificamos no trabalho de campo e que talvez não seja um obstáculo para a conciliação, mas uma condição necessária para que ela possa ser instituída pelos Tribunais e fomentada pelos entes fazendários é a questão da “chefia de vanguarda”.

Os dados empíricos indicaram que, geralmente, a utilização da conciliação é fomentada por aqueles que se interessam, gostam do tema e enxergam na conciliação uma forma de resolução de conflitos, por meio da qual todas as partes envolvidas têm benefícios.

As falas dos interlocutores indicaram que o assunto “conciliação” é algo que está, inclusive, na “moda”. Mas, implementar e realizar a conciliação é um “novo” e “difícil” trabalho, isto porque “a conciliação tira o juiz da zona de conforto” e “mexe com a tradição”. Na percepção de uma juíza:

É trabalho de formiguinha [...] de longo prazo. E, no começo, a gente teve muita resistência. Muita gente dizendo que era moda, que ia passar [...] dizendo: ‘ah, daqui a pouco isso acaba’ [...] mas também tem gente motivada [...] mas, assim, os que trabalham com isso são sempre os mesmos. A gente se encontra nos lugares

e quando a gente vê, são os mesmos de sempre. Mas é assim mesmo [...] tem que gostar de 'gente' para estar aqui. Tem que ter um jeito diferente. As pessoas chegam aqui no mutirão [de conciliação] e nem acreditam que a gente é Juiz, porque é muito próximo, é muito informal. Eles abraçam a gente, agradecem, querem tirar foto. Então, assim, não pode ter medo de 'gente' para trabalhar com isso. Mas até que a gente consegue muita gente motivada para trabalhar com conciliação. Gente que acredita, que se contagia com a ideia.

Nessa linha, verificamos que a questão de "quem é o chefe?" faz muita diferença na implementação ou não de uma política institucional eficaz em prol da conciliação. Fomentar a conciliação tem a ver com a postura pessoal do chefe, que, dependendo de quem seja, pode ou não, estimular práticas e normativas voltadas à introdução desse mecanismo de resolução de conflitos.

Da Matta²⁰ e Buarque de Holanda²¹ trataram muito bem das relações de pessoalidade na sociedade brasileira e de como essas lógicas influenciaram a burocracia estatal.

Neste espaço não pretendemos fazer esta discussão, mas não podemos deixar de referenciar o quanto ela tangencia e ajuda a compreender as formas pelas quais os critérios de pessoalização interferem em políticas institucionais.

Porém, voltando diretamente ao aspecto que pretendemos destacar, ficou bastante claro na pesquisa que a postura da chefia ajuda ou obstaculiza a introdução da conciliação nesses espaços.

Eu acho bacana falar não só da questão normativa, que os entes são muito engessados etc., mas também da questão da postura da chefia. Porque, assim [...] uma coisa que a gente vê muito é que o engessamento existe para todo mundo. Então, a gente pergunta: por que a gente está sendo referência em conciliação com a União na questão dos servidores? Por que a gente tem centros, núcleos e espaços permanentes de discussão desse tema? Bom, digo pela Justiça Federal. Porque a gente teve uma chefia mais acessível, mais corajosa, mais consciente do que ela estava fazendo e que em alguns momentos até ultrapassou algum engessamento normativo, ciente do seu papel.

A ideia de mutirão de conciliação na PGU, tudo isso foi criado nesta seccional. E na verdade foi uma atividade de vanguarda. Foi a chefia, especificamente a Procuradora Regional que bancou a ideia. Havia um receio muito grande de bancar a ideia, mas ela bancou. Ela expediu uma ordem de serviço e permitiu que todo mundo fizesse acordos. E foi começando assim.

Os interlocutores demonstraram ter essa visão bem internalizada, quando mencionaram a sua estratégia para manter as práticas conciliatórias de modo permanente em suas instituições, permitindo que a "cultura da conciliação" seja introduzida de modo definitivo, independentemente das pessoas que ocupam os cargos de chefia. Os seus objetivos, ademais, caminham nessa linha: "A preocupação nossa é institucionalizar e não pessoalizar o trabalho, para que esse trabalho realmente se torne algo inerente à estrutura do Tribunal [...] eu acho que a gente conseguiu de alguma maneira".

Uma juíza demonstrou seu receio: "agora, mudou a Presidência. Então, mudam-se os cargos de chefia. Nossa equipe está saindo [...] não sei o que vai acontecer, qual vai ser a postura da nova chefia. Mas a gente espera que as coisas permaneçam".

Assim, parece que o fomento à conciliação ainda depende muito da postura das pessoas que exercem cargos de chefia dentro das instituições, o que dificulta a introdução de uma lógica capaz de modificar a cultura jurídica.

4.4 A cultura do litígio: "conciliar dá mais trabalho do que litigar"

Esta frase foi dita por uma procuradora do INSS, que identificou como um dos principais obstáculos às práticas conciliatórias, aquilo que ela chamou de "cultura do copia e cola", que, segundo ela, permite a impressão de uma contestação em fração de segundos, o que dá muito menos trabalho do que a análise minuciosa de um processo e a elaboração de uma proposta de acordo aliada a um pedido de autorização para a sua realização.

Em muitas entrevistas, evidenciou-se a fa-

²⁰ DA MATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? In: _____. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; DA MATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

²¹ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

cidade das peças padronizadas, que permitem o uso do “Ctrl C Ctrl V”, impede a substituição da cultura da conciliação no lugar da cultura do litígio.

A pesquisa empírica mostrou-se surpreendente neste ponto de vista, porque permitiu perceber que a maioria dos entrevistados afirmou que os entes fazendários incentivam mais a existência de processos judiciais do que efetivamente fomentam a conciliação, fato que destoa do discurso dos Tribunais.

Os procuradores entrevistados afirmaram que a cultura do litígio ainda está muito arraigada na Administração Pública, porque, para um procurador ou advogado da União é muito mais fácil e seguro litigar do que conciliar, seja por causa das normas restritivas já aqui mencionadas, seja por causa do medo, seja porque as matérias jurídicas normalmente se repetem e permitem a elaboração de peças padronizadas, fáceis de adaptar e que não exigem a análise minuciosa do caso, o que toma muito tempo e dá muito mais trabalho. Eis o relato de um procurador e de uma juíza:

Quando você vai oferecer acordo, você tem que olhar tudo; você tem que pensar: ‘ah, aqui vou oferecer uma aposentadoria ou vou oferecer um auxílio-doença?’; ‘esse cara vai ficar bom dessa lesão em um ano ou em nove meses?’; ‘quanto tempo eu dou para ele?’; ‘dou do dia da perícia ou do dia que ele deu entrada?’. Então, fica na tua mão, como procurador, definir e pensar em todos os parâmetros do oferecimento do acordo. Isso dá trabalho.

É muito mais fácil apertar o *print* e sair a sentença pronta, padrão. Conciliar, ouvir, conversar dá muito mais trabalho.

Na pesquisa de mestrado sobre as práticas orais do processo civil, ficou evidenciado que os juízes efetivamente preferem sentenciar do que fazer audiências, isto porque enquanto fazem uma única audiência poderiam proferir um sem-número de despachos ou de decisões judiciais, por escrito e com muito menos desgaste emocional²².

Uma juíza federal corrobora a assertiva e acrescenta que, por exemplo, a organização dos mutirões de conciliação exige um trabalho enorme de articulação com os entes públicos e de filtragem dos casos que são passíveis ou não de conciliação, o que exige uma agenda de reuniões, articulações e trabalho que desestimula aqueles que estão acomodados, em sua zona de conforto.

É todo um trabalho. Até decidir o que vai conciliar no mutirão, a gente já brigou muito nas reuniões institucionais antes. A gente define as matérias que vamos trabalhar no mutirão, elege os casos, faz uma triagem, vê o que encaixa no perfil, faz a agenda, identifica o que está ‘no ponto’ para conciliar [...] dá muito trabalho.

Na avaliação de outra juíza, em muitas circunstâncias, os magistrados que participam dos mutirões de conciliação o fazem sem prejuízo de suas atividades comuns, acumulando esta função com a de suas varas de origem, o que também obstaculiza o fomento dessa política porque as pessoas não teriam uma motivação diferenciada para participar das audiências.

Enfim, o que tudo isso parece indicar é que, embora os Tribunais divulguem, discursivamente, o incentivo à conciliação, o que se percebe é que, na prática, ainda há uma engrenagem reativa a sua implementação e uma máquina estatal acomodada e estruturada para funcionar segundo a forma tradicional de prestação jurisdicional, por adjudicação. A fala de uma juíza aponta nesse linha, ainda que não tão diretamente:

Conciliar tira o juiz da zona de conforto. Porque, bem ou mal, ele já tem ali aquela sentença, o processo tá fluindo regularmente, a decisão já é padronizada [...] então, está tudo fluindo normalmente. A conciliação tira essa pessoa do leito daquele rio que está fluindo meio que no automático.

Uma procuradora do INSS também anota:

Por exemplo, esta semana eu peguei dez processos. Em oito, eu vou recorrer. Em um, com certeza não vou. O outro, eu deixei para maturar, para pensar. Li, reli, estu-

²² LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciários e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

dei. Quer dizer, me deu mais trabalho. Então, é por isso que as pessoas não conciliam, não pensam no que vão fazer. Fazem no automático. Já tem modelo. O sistema tá pronto para seguir no automático. Eu trabalho com colegas que recorrem de tudo. É mais prático. Eu não. Eu invento. Eu sou a única que faço acordo, ofereço proposta, às vezes não recorro.

É como se a lógica conciliatória se chocasse com uma estrutura firme, sedimentada, que funciona automaticamente de forma burocratizada e que, para mudar, exige um esforço que, para acontecer, exigiria um respaldo institucional, mas por enquanto tem sido adotado a partir de motivação pessoal. Talvez, por isso mesmo, ainda esteja por acontecer. Um interlocutor falou: “[...] isso é uma coisa que ultrapassa a boa vontade. Tem que ter juízes pró-ativos porque é quase uma corrida de obstáculos para dar conta.”

Além disso, ou no mesmo sentido, percebemos que os procuradores que têm interesse em introduzir medidas consensualizadas, mas demonstram temor de se excederem; adotam estratégias que levam ao mesmo fim, mas o fazem por outros caminhos.

Vários relatos dão conta que, hoje em dia, é mais fácil conseguir autorização para não interpor recurso do que para conciliar. Os entes públicos já se estão acostumando ao fato de que “recorrer até o fim” não é uma política econômica porque os entes públicos pagam muitos juros e correção monetária por força desse tipo de protelação.

Então, as estratégias que adotam são no sentido de apresentar as peças processuais adequadas em primeira instância e, depois, para não eternizar o processo, simplesmente pedem autorização para não recorrer e, com isso, conseguem enxugar o processo, queimar etapas e levar a um caminho mais célere, ainda que não seja pela via da conciliação.

Uma procuradora contou que: “Nesses casos de gratificação, eu deixo de recorrer em alguns. Se fosse para conciliar, ia ter que pedir autorização etc. Para não recorrer, não preciso”.

Dessa forma, a própria Administração parece criar mecanismos que prejudicam o incentivo à conciliação, o que gera um fomento maior para a litigiosidade, pois, pelo menos até a sentença, o

processo vai seguir o seu “curso normal”, sendo interrompido apenas pela renúncia dos entes fazendários ao prazo recursal. Ou seja, é mais fácil deixar de recorrer do que oferecer acordo de conciliação.

Nesse aspecto, destaca um juiz quanto à “técnica” utilizada pelos procuradores: “Quando você deixa de recorrer, pelo menos depois você pode justificar dizendo que teve um magistrado que sentenciou o caso”.

Os procuradores, portanto, possuem meios mais seguros e práticos para dispensar o recurso; mas, para realizar o acordo, eles não encontram a mesma facilidade, o que gera menos incentivo à prática da conciliação.

Do mesmo modo, verificou-se que, para os próprios juízes, fomentar a utilização da conciliação de modo pulverizado, fora do mutirão, como prática cotidiana em suas varas, significar modificar os procedimentos adotados no cartório, o que gera mais trabalho. E, muitas vezes, sequer há estrutura para tanto:

Outro dia, tentei três audiências de conciliação e em nenhuma teve preposto para trazer a proposta. Perdi meu tempo, pauta, trabalho e ninguém foi. Se fosse no mutirão, a postura era outra. O que eu fiz? Mandei para o núcleo, que tem uma estrutura melhor, que a gente não tem nas varas.

Outra juíza também declarou: “Eu gostaria, mas eu não posso me dar ao luxo de marcar um dia inteiro de audiências na minha vara, porque eu divido a sala com outro colega, de outra vara. Só posso fazer audiências que eu tenho certeza de quem têm potencial para acontecer”.

O que se percebe, portanto, é que a estrutura da conciliação funciona melhor se estiver institucionalizada, mas, ainda assim, encontra barreiras bastante difíceis e internalizadas na cultura do campo.

5 REFLEXÕES FINAIS

A pesquisa é incipiente, mas os dados empíricos dão indicativos de que, apesar do discurso favorável à conciliação, a sua efetiva implementação nas práticas judiciárias encontra muitos

óbices, notadamente em ações de interesse público.

As principais dificuldades estão vinculadas à cultura jurídica e sugerem que ideais institucionais não são capazes de transformar realidades culturais institucionalizadas e práticas arraigadas nos operadores do campo.

Especialmente o Conselho Nacional de Justiça está lançando políticas que tentam introduzir e fomentar práticas de conciliação, difundindo que essa nova forma de administração de conflitos traz benefícios para todas as partes envolvidas no processo e também para o Judiciário, que deve oferecer àqueles que dele se socorrem uma solução justa para o caso concreto.

Na prática, entretanto, verificamos obstáculos que não parecem ter fácil solução. Além dos narados aqui, outros apareceram de modo bastante preciso, especialmente o papel dos advogados, acostumados e formados a partir da lógica do contraditório e de uma atuação mais bélica e menos consensualizada.

De qualquer sorte, prospectivamente, as medidas que vêm sendo adotadas pelos entes públicos estão buscando alternativas e estratégias para permitir o encontro do discurso com a prática.

Os Núcleos de Conciliação dos Tribunais e a Central de Negociação da Advocacia Geral da União são órgãos que demonstram a intenção de fomentar a cultura de conciliação judicial, embora ainda pareçam iniciativas tímidas.

Parece certo que a conciliação está efetivamente na pauta dos programas institucionais dos tribunais brasileiros e que o discurso do Judiciário, com mais frequência, está incorporando o incentivo à conciliação como medida prioritária e eficaz de resolução de conflitos.

O que os nossos dados demonstram é que ainda há uma grande distância entre o incentivo institucional da conciliação e os limites impostos em normativas internas do Poder Público, que enfrentam paradoxos cotidianos no trato dos processos judiciais que acompanham.

Entre o desafio de conciliar e a cultura de litigar, os entes públicos se veem diante do dilema de, por um lado, ser admoestados a transigir e, por outro, advertidos acerca da indisponibilidade do interesse público.

O olhar da pesquisa nos permitiu enxergar os problemas que o discurso idealizado obscurecem. Ainda falta um longo caminho para se atingir formas de neutralizar a resistência e implementar, de fato, políticas de administração dialógica e consensualizada de conflitos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Stella de; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Meios alternativos de administração de conflitos no direito e nos tribunais brasileiros. *Revista de Ciências Sociais*. v. Goiânia, UFG, 17, p. 267-287, 2011.

_____; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares*. Niterói: Intertexto, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BRANDÃO, Marcella Araujo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. 2009. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário). Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>>. Acesso em: 7 set.

2013.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis, Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973>. Acesso em: 28 jul. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

DA MATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? In: _____. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

_____. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos Juizados Especiais Federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 24, p. 93-103, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/53/52>. Acesso em: 21 maio 2013.

GAZDA, Emmerson. Administração Pública em Juízo: poder-dever de transigir. *Revista de Doutrina TRF4*. Porto Alegre, ed. 54, jan. 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm)>. Acesso em: 7 set. 2013.

_____. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n. 83, p.131-158, jan./mar. 2006.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de antropologia e de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. Rio de Janeiro, IFSC/UFRJ, v. 4, p. 97-122, 2011.

_____. *Base legal da conciliação*. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. *Conciliação e Mediação – Estruturação da Política Judiciária Nacional*. São Paulo: Forense, 2011. (Coleção ADRs).

_____. *Conciliação e Mediação – Estruturação da Política Judiciária Nacional*. São Paulo: Forense, 2011. (Coleção ADRs).

_____. *Conciliação e Mediação – Estruturação da Política Judiciária Nacional*. São Paulo: Forense, 2011. (Coleção ADRs).

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público

e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, PGFN, ano I, n. II, p. 139-164, 2011/2012.

O DIREITO À SAÚDE E O CRITÉRIO DA POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO AOS HIPOSSUFICIENTES DA PRESTAÇÃO JUDICIALMENTE PLEITEADA:

UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF DA 5ª REGIÃO

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O pragmatismo jurídico como método. 3 Neoconstitucionalismo e judicialização do direito fundamental à saúde. 4 O elo de utilidade entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde. 5 A necessidade de observância de parâmetros racionais para a concessão judicial de prestações de saúde e o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação judicialmente pleiteada. 6 Análise pragmática das decisões do TRF da 5ª Região. 7 Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo realiza uma análise pragmática da jurisprudência do TRF da 5ª Região com relação ao direito fundamental à saúde, especificamente quanto à aplicação, pelo Tribunal, do critério doutrinário da possibilidade de universalização da medida ou prestação judicialmente pleiteada, apontado por autores como Cláudio Pereira de Souza Neto como um dos parâmetros para a verificação da justiciabilidade dos direitos sociais. Para tanto, utiliza-se o pragmatismo jurídico como método de abordagem e compreensão do direito, afirmando-se ainda a existência de um elo de utilidade entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neocon-

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

stitucionalista pela efetividade dos direitos fundamentais. Após demonstrar a necessidade de observância de parâmetros racionais para a concessão judicial de prestações de saúde, passa-se à abordagem do mencionado parâmetro doutrinário, que se assenta na afirmação de que uma prestação de saúde judicialmente pleiteada somente pode ser concedida caso seja possível a sua universalização a todos os hipossuficientes. Verifica-se que, apesar de terem sido encontrados poucos julgados que satisfizessem os parâmetros estabelecidos, o TRF da 5ª Região vem aplicando aquele critério doutrinário, demonstrando preocupação consistente em evitar que a concessão de uma medida não universalizável obstaculize indiretamente o acesso da coletividade a determinadas prestações de saúde.

Palavras-chave: Prestações de saúde. Possibilidade de universalização. Jurisprudência do TRF da 5ª Região. Análise pragmática.

Abstract

This article provides a pragmatic analysis of the Federal 5th Region Court jurisprudence with respect to the fundamental right to health, especially as regards the application by the Court's of the doctrinal criteria of the possibility of universalization of the solicited health provision, pointed out by authors such as Claudio Pereira de Souza Neto as a parameter to check the justiciability of social rights. To do so, we use the legal pragmatism as a method to approach and understand law, demonstrating the existence of a link of utility between the pragmatic category of the practical consequences and the neoconstitutional search for effectiveness of fundamental rights. After demonstrating the need for compliance with rational parameters for judicial granting of health benefits, it goes through the approach of the mentioned doctrinal criteria, which is based on the assertion that the health provision pleaded in court can only be granted if it is possible to universalize it to all inapt. It is found that, although few judgments have been found which met the established criteria, the Federal 5th Region Court has been applying that doctrinal criteria, demonstrating consistent con-

cern to prevent the that the granting of a not universalized measure indirectly obstructs the community access to certain health benefits.

Keywords: Health benefit. Possibility of universalization. Jurisprudence of the Federal 5th Region Court. Pragmatic analyses.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização do direito fundamental à saúde é uma realidade não apenas no Brasil e encontra fértil espaço de desenvolvimento no contexto contemporâneo de busca pela efetividade das normas constitucionais. Este fato se comprova pela crescente quantidade de demandas judiciais desta natureza e da sua consequente influência nos orçamentos dos entes federativos. Nesse sentido, notícia recente do portal gazetaweb.com relata que a Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Alagoas (SESAU) apurou que os gastos com decisões judiciais em matéria de saúde, cujo total foi de R\$ 27.827.226,39 no período de agosto de 2011 a julho de 2012, avançaram mais de 150% no período de agosto de 2012 a julho de 2013, atingindo a cifra de R\$ 69.752.666,06.

O quadro revela o descompasso entre as normas constitucionais relativas à saúde e a realidade da maioria da população brasileira, fato que tem levado a doutrina a buscar critérios de racionalização das decisões judiciais relativas à concessão de medicamentos e outras prestações. Essa necessidade se deve à constatação de que a concretização de direitos, inclusive fundamentais, necessariamente envolve um custo, a ser suportado pelos orçamentos dos entes federativos. Isto se torna mais relevante no Brasil, onde as necessidades sociais exigem a formulação de políticas públicas mais eficientes, não raras vezes se fazendo necessária a atuação judicial no controle dos programas de ação estatal, de maneira a garantir determinadas prestações individuais de saúde sem, entretanto, inviabilizar indiretamente o direito da coletividade.

Um dos parâmetros propostos para a justiciabilidade dos direitos sociais, apontado por

doutrinadores como Souza Neto¹, é a verificação da possibilidade de universalização da medida ou prestação pleiteada, ou seja, a sua exigibilidade judicial estaria ligada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre aqueles que não podem arcar, por conta própria e sem comprometimento de outras necessidades básicas, com os seus custos.

É nesse sentido que o presente estudo se propõe a analisar se o mencionado parâmetro doutrinário tem sido aplicado pela jurisprudência e, em caso positivo, qual tem sido o posicionamento adotado, bem como os argumentos que lhes servem de fundamento. O caráter pragmático da pesquisa se revela no destaque atribuído às consequências práticas das decisões judiciais analisadas e à utilidade dos institutos jurídicos que lhes servem de fundamento, desenvolvendo-se com atenção à concepção do direito como atividade.

Foram estabelecidos como objeto de estudo os acórdãos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicados no período de outubro de 2012 a setembro de 2013, versando sobre o direito fundamental à saúde e que contenham em suas ementas a expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”, por ser esta decorrente do critério doutrinário mencionado.

Adota-se ainda uma abordagem metodológica ancorada em autores como Charles Sanders Peirce e William James, dos quais foram colhidas algumas bases do pragmatismo filosófico, bem como Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo, referências para o pragmatismo jurídico, cujo desenvolvimento se realiza de maneira complementar nas seções 2 e 4.

O pragmatismo foi utilizado como método de análise das decisões judiciais, ou seja, como um olhar direcionado sobre aquilo que os magistrados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região têm reconhecido como direito a prestações de saúde no âmbito de sua jurisdição, especificamente quanto à problemática da possibilidade

de universalização de tais prestações a todos os hipossuficientes.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO

Tratar do pragmatismo jurídico, seja a partir de um ponto de vista da filosofia prática ou sob a perspectiva de um útil instrumento metodológico de abordagem e compreensão do direito, entendido este enquanto atividade exercida pelos tribunais, pressupõe a menção a algumas ideias desenvolvidas especialmente nos Estados Unidos, a partir do início do século XX e que viriam a compor o campo do denominado realismo jurídico norte-americano.

Inicialmente, deve-se registrar que não faz muito sentido, sob uma perspectiva estritamente pragmatista, a tentativa de se estabelecer conceitos e definições daquilo que, de fato, representa o denominado pragmatismo filosófico. Não por outro motivo, há uma preferência por parte de autores pragmatistas como Posner e Rorty de caracterizá-lo não através da fixação de conceitos determinados, mas sim a partir do que faz um pragmatista, de como procura oferecer uma solução viável para um problema que lhe é posto e de como se comporta diante deste².

Desde já, percebe-se uma nota característica do pragmatismo, consistente em que questões metafísicas e suas teorizações não se apresentam úteis e eficientes para a solução de problemas ou conflitos. Foi nesse sentido que afirmou Oliver Wendell Holmes Jr³ que “proposições gerais não decidem casos concretos”, tendo esta noção se tornado verdadeira expressão do realismo jurídico norte-americano.

Não se afirma aqui que o pragmatismo ignora a teoria, afinal sua visão sensata não se prestaria a tanto, mas, ao invés disso, à tarefa mais modesta e prática de afastar a discussão de questões semânticas e de promover a sua aproximação com relação aos aspectos factuais e empíricos

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: ____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 540-541.

² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 84-85.

³ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008.

que se mostrem úteis ao seu deslinde⁴.

O pragmatismo é antiessencialista, não se baseando em supostas verdades, certezas inabaláveis e dogmas. Uma atitude nele baseada não se pode limitar por nenhuma dessas palavras, ao contrário, uma dada ideia deve ser colocada a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência. Expressa-se, ainda, de maneira não representacionista. Comporta-se, assim, menos como solução e mais como um programa para mais trabalho, indicando os caminhos através dos quais as realidades existentes podem ser constantemente desafiadas e eventualmente modificadas. As teorias, dessa maneira, tornam-se instrumentos e não respostas a enigmas, sobre as quais poderíamos descansar.⁵

Embora o pragmatismo seja antiessencialista, ele não se presta a negar as concepções e mesmo essências de outras vertentes do conhecimento, o que torna perfeitamente possível a convivência, dentro do universo da filosofia pragmatista, de diversas influências e formas de pensamento. Como exemplo, afirma James⁶ que o pragmatismo pode vir a aceitar ideias teleológicas, caso se prove que elas apresentam utilidade para a vida concreta, ou seja, caso elas demonstrem serem boas para tanto.

Trazendo a discussão para o campo jurídico, pode-se afirmar que as teorias acabam por se tornar insustentáveis quando o seu grau de abstração é excessivo e, portanto, desvinculado da necessária aproximação com a utilidade prática. Revela-se, dessa forma, o pragmatismo como verdadeira metodologia do direito, tendente a afastá-lo de discussões metafísicas e a atribuir-lhe caráter científico, empírico.⁷

Outra característica desta filosofia da ação é o seu contextualismo, segundo o qual o julgamento de uma dada proposição deve passar, necessariamente, pela análise de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, de maneira

que as conclusões obtidas para um problema somente se prestam a solucioná-lo de forma útil no ambiente em que aquele foi examinado. Sob este aspecto, ao decidir um conflito, o juiz deve não apenas realizar uma análise das normas que regem os fatos apresentados, mas principalmente uma verificação dos fatos nos quais tais normas se apresentam válidas socialmente. Este traço representa uma aproximação com relação à denominada jurisprudência sociológica.

Como o pragmatismo jurídico se baseia em uma vertente realista do direito, não se poderia deixar de mencionar o consequencialismo ínsito a esta forma de interpretar e de construir a decisão. Nesse sentido é que se faz relevante pensar sobre as consequências de se adotar uma determinada teoria ou de afastá-la, sendo relevante a noção de Peirce⁸ de que o significado de uma ideia se assenta em suas consequências práticas, que, ao final, é o que vai expressar o que ela significa.

A categoria das consequências práticas, que apresenta relevância destacada nos textos de Peirce, será ainda objeto de análise na seção 4, que objetivará traçar um possível elo de utilidade com a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde. Dentro da presente seção, e após já terem sido estabelecidos algumas linhas teóricas básicas, há ainda que se clarear a que se presta o pragmatismo enquanto método.

A ideia pragmatista de que deve haver uma ligação necessária entre o pensamento e a ação, ou, em outros termos, entre a teoria e a prática, conduz à noção de que o pragmatismo consiste em um método de assentar disputas de caráter metafísico que, de outra maneira, acabariam por se estender indefinidamente.⁹

Deve-se afirmar também que, tendo o método pragmático uma relação direta com a prática, isto se expressa em termos jurídicos na circun-

⁴ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 516 et seq.

⁵ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores). p. 20.

⁶ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*, p. 26.

⁷ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque et al. (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. v. 2. p. 47-48.

⁸ PEIRCE, Charles Sanders. *Como tornar as nossas ideias claras*. Trad. Antonio Fidalgo. 1990. p. 12. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

⁹ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*, p. 18.

stância de que, ao contrário do legalismo, que privilegia o legislador, a atitude realista ou, se preferir, pragmática em relação ao direito, acaba por privilegiar o papel do julgador¹⁰, buscando entender o direito como resultado da atividade por ele desenvolvida.

Não por outro motivo é que afirma Holmes Jr.¹¹ consistir o direito nas profecias do que farão os tribunais, e nada mais pretensioso que isso. Dito de outra forma, trata-se da previsão de que, em decorrência de um determinado comportamento ou de uma certa situação, um homem haveria de obter um benefício ou ser submetido a uma consequência negativa arbitrada por um tribunal.

Por meio de postura baseada no método pragmático de análise do direito, buscar-se-á, em seção específica, investigar o que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sua atividade de dizer o que é o direito ou de estabelecer os seus limites e parâmetros, tem entendido como direito a prestações materiais de saúde, especialmente diante da verificação da possibilidade de sua universalização a todos os hipossuficientes.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A noção de “neoconstitucionalismo” foi inicialmente desenvolvida na Espanha e Itália, tendo ganhado impulso no Brasil, sobretudo em decorrência da divulgação da coletânea Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell¹². Não se trata de uma linha única de pensamento, mas sim de

um conjunto heterogêneo e ainda em construção de ideias que guardam relação com o contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, podendo-se compreendê-lo como uma reação à substituição dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade por condutas atroztes como as praticadas pelos regimes nazista e fascista.¹³

Trata-se de evolução em relação ao positivismo jurídico, ao qual comumente são dirigidas críticas baseadas nos argumentos da injustiça e no dos princípios. Segundo o primeiro, uma norma fortemente injusta não seria direito, enquanto que, com base no segundo, se é reconhecida a existência de princípios no direito, como consequência, deve-se admitir que há uma relação necessária entre direito e moral.¹⁴

A essa mudança de paradigma, ocorrida no pós-guerra, convencionou-se chamar “neoconstitucionalismo”, para o qual os desafios não mais se relacionam à estruturação do Estado, mas sim à estabilidade constitucional e à proteção e implementação dos direitos fundamentais. Hoje, seus temas giram em torno da normatividade dos princípios, da ampliação da jurisdição constitucional, da construção de uma nova hermenêutica e do caráter vinculante dos direitos fundamentais.¹⁵

Barcellos¹⁶ aponta como características formais do constitucionalismo atual a normatividade da Constituição, a sua superioridade hierárquica e o papel central por ela ocupado nos sistemas jurídicos, enquanto que, sob o ponto de vista material, elenca a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão dos conflitos entre as opções normativas e filosóficas dentro da própria Con-

¹⁰ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico, p. 48.

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008. p. 266-270.

¹² SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 3. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 4. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

¹⁴ FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad e Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 185.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 51. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 2-3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

stituição.

Mostra-se útil ao presente tema enquadrar o neoconstitucionalismo no contexto filosófico do pós-positivismo, que, ante a superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abriu caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o Direito, a sua função social e a sua interpretação, incluindo-se nesse âmbito as discussões relativas à definição das relações entre valores, princípios e regras, à nova hermenêutica constitucional e à teoria dos direitos fundamentais¹⁷.

Como os princípios se caracterizam pela sua abertura e indeterminação semântica, foi necessária a adoção de novas técnicas hermenêuticas, a serem somadas à tradicional subsunção lógica do fato à norma. A necessidade de se resolverem as frequentes tensões entre princípios constitucionais colidentes ensejou a utilização judicial da técnica da ponderação. Mais do que isso, na busca de legitimidade para estas decisões, desenvolveram-se diversas teorias da argumentação jurídica, como a sistematicamente construída por Alexy¹⁸, que incorporaram ao processo de construção argumentativa das decisões judiciais elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de índole moral, ou o amparo no campo empírico subjacente às normas.

No caso brasileiro, desde a Carta Magna de 1988, tem-se percebido um avanço, muitas vezes através da necessária atuação do Poder Judiciário, quanto à efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais. O direito social à saúde não ficou à margem desse contexto. Embora ainda haja algumas manifestações contrárias, deve-se reconhecer a sua fundamentalidade, afinal ele se encontra inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Individuais) da Carta Magna, assim como os “Direitos e Garantias Individuais” previstos no art. 5º. Mais que isso, mesmo que o direito à saúde não estivesse

inserido no referido título, isso não lhe retiraria a natureza de direito fundamental, por força da norma inclusiva do art. 5º, § 2º, do mesmo diploma constitucional.

Ademais, uma interpretação meramente topográfica dos parágrafos do art. 5º, poderia conduzir ao inusitado reconhecimento da existência de direitos fundamentais aplicáveis imediatamente, por força do § 1º daquele artigo, e, ao mesmo tempo, de outros desprovidos de tal traço normativo (os previstos ao longo do texto constitucional ou ainda em tratados internacionais). Em verdade, a lamentável técnica legislativa do constituinte originário não tem o condão de retirar a fundamentalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrente do próprio sistema constitucional e da origem material comum de todos os direitos fundamentais, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se ainda admitir a inclusão dos direitos fundamentais sociais, inclusive do direito à saúde, no rol de cláusulas pétreas constitucionais. Uma visão reducionista do art. 60, § 4º, da Carta Magna poderia conduzir à interpretação de que ele somente abarca os “direitos e garantias individuais”. Entretanto, considerando a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, bem como a remissão de todos eles ao princípio da dignidade humana, há que se afirmar estarem eles protegidos pelo regime de imutabilidade das cláusulas pétreas. Trata-se, portanto, de direitos intangíveis e irredutíveis, de maneira que, eventual tentativa de sua supressão, seja por meio de legislação infraconstitucional ou mesmo de emenda à Constituição, será eivada de inconstitucionalidade.¹⁹ Ademais, não é possível extrair da Carta Magna um regime jurídico diferenciado entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, ainda que existam diferenças, com relação, por exemplo, à função que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional²⁰.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

Faz-se necessário adentrar a questão da possibilidade de se exigir judicialmente que o Estado realize determinadas prestações de natureza social, partindo esta análise da crítica de que, ao contrário do que ocorre com os civis e políticos, os direitos sociais seriam desprovidos de exigibilidade. Esta concepção normalmente surge de uma suposta distinção rígida entre aqueles direitos e os direitos civis e políticos. Assim, estes últimos gerariam exclusivamente obrigações negativas ou de abstenção, enquanto os primeiros teriam necessariamente relação com obrigações positivas que demandariam o dispêndio de recursos públicos. Trata-se, entretanto, de postura baseada na superada visão de um Estado Mínimo, cuja obrigação se resumiria à garantia da justiça, da segurança e da defesa.

Não se pode negar que mesmo a garantia dos denominados direitos civis e políticos demanda criação e manutenção de condições institucionais por parte do Estado. O direito de não ser privado injustamente de sua liberdade, seja por ato estatal ou por interferência de outro particular, por exemplo, somente pode ser efetivamente garantido mediante o funcionamento de um aparato policial e judiciário satisfatório, o que, obviamente, impõe não a mera abstenção governamental, mas sim a sua atuação positiva.

Na lição de Abramovich e Courtis²¹, a estrutura dos direitos civis e políticos consiste em um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, abstendo-se de intervir em certo âmbito e, por outro lado, realizando diversas tarefas tendentes a garantir o gozo da autonomia dos indivíduos. Por outro lado, uma análise mais detida dos direitos econômicos, sociais e culturais também revela a sua estrutura complexa formada por obrigações positivas e negativas. O direito à saúde, por exemplo, implica que o Estado deve abster-se de causar danos diretos ou indiretos à saúde da população.

Entre os direitos civis e políticos e os direitos

econômicos, sociais e culturais não existe uma distinção substancial, mas uma mera distinção de grau, no sentido de que para os primeiros é mais destacada a natureza negativa da obrigação e para os últimos a sua natureza positiva, porém, sem que qualquer dessas espécies de obrigações exclua a outra²².

Diante da ausência de distinção substancial entre ambas as gerações de direitos fundamentais, especialmente da natureza complexa das obrigações estatais relativas a elas, enfraquecem-se as pretensões de excluir dos direitos econômicos, sociais e culturais tanto a marca da fundamentalidade, como a da não subjetividade, ou seja, da impossibilidade de serem judicialmente exigidos do Estado.

Não se nega que a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de planejamento, previsão orçamentária e execução de ações, serviços e prestações que, dada a sua natureza, são ordinariamente atribuídas aos poderes políticos. Isto conduz à limitação dos casos nos quais o Poder Judiciário pode atuar, sempre para suprir a inatividade daqueles ou reconduzir a sua atuação aos limites constitucionais.

Por outro lado, um dos sentidos da adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que estabelecem direitos a pessoas e correspondentes compromissos ou obrigações estatais, consiste na possibilidade de serem eles demandados, não como uma graciosidade, mas como cumprimento de um programa de governo assumido interna e internacionalmente. Nesse sentido, não há direito econômico, social ou cultural que não apresente pelo menos alguma característica ou faceta apta a autorizar, em caso de violação comissiva ou omissiva, a sua exigibilidade judicial²³.

Quanto ao problema da eficácia social reduzida dos direitos fundamentais, pode-se observar não decorrer ela da falta de legislação ordinária,

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJIM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 493.

²¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 33.

²² PELAEZ *apud* ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*, p. 33.

²³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*, p. 56.

residindo, na verdade, na ausência de prestação real dos serviços sociais básicos pelo Estado, afinal, a maioria das normas necessárias ao adequado exercício dos direitos fundamentais sociais já existem. O problema ocorre na formulação, implantação e manutenção das políticas públicas, bem como na composição dos orçamentos dos entes federativos²⁴.

É justamente em consequência da ausência ou inadequação das políticas públicas voltadas à realização do direito fundamental à saúde e especialmente com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) que não se nega a possibilidade de atuação judicial no controle, mediante tutela individual ou coletiva, das políticas públicas de saúde.

Obviamente, a judicialização do direito fundamental à saúde não se pode tornar a regra e também não é isenta de críticas, especialmente diante do crescente aumento de demandas judiciais dessa natureza e que, comumente, são acusadas de causar desequilíbrio financeiro e impossibilidade de adequado planejamento administrativo dos entes federativos.

Cite-se, inicialmente, a crítica baseada na separação de poderes. Cabe, nesse ponto, afirmar que o controle de políticas públicas de saúde pelo Judiciário não se presta à invasão da esfera de atuação dos demais poderes, sendo a mesma justificada justamente pela inércia ou inadequação dos atos por eles praticados e que consistem em violação de direitos. Trata-se, portanto, de promover uma releitura do referido princípio, permitindo que continue sendo útil à tarefa de garantir os direitos fundamentais, hoje não apenas contra os abusos estatais, mas também nos casos de omissões injustificadas²⁵.

Uma segunda linha de críticas diz respeito à suposta ilegitimidade democrática das decisões

do Poder Judiciário nesta matéria, em face do seu caráter contramajoritário. Esta crítica, entretanto, desconsidera o relevante papel desempenhado pelo Judiciário na garantia das condições necessárias para que a deliberação pública ocorra adequadamente. Estão inclusas em tais condições não apenas liberdades básicas, mas também direitos sociais fundamentais, podendo-se considerar estes últimos como condições de possibilidade da democracia. A exigibilidade judicial de direitos fundamentais subjetivos não deixa de ser uma forma de exercício da cidadania²⁶ e, numa concepção substancialista, um meio de realização dos valores consagrados pelo próprio constituinte.

Um aspecto marcante do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra consiste em ter introduzido a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana, na medida em que os mesmos não são negados ou mascarados pela crença em uma liberdade individual idealizada. Ganham, ao contrário, lugar privilegiado nos espaços de socialização política, especialmente no Legislativo, mas, também, em certa medida, no Poder Judiciário, expressando-se nos embates sociais por direitos²⁷.

Adequadamente provocado, portanto, o Poder Judiciário pode exercer relevante papel no controle das políticas públicas, o que se comprova, não obstante eventuais excessos, pelos significativos avanços na concretização do direito fundamental à saúde no Brasil.

4 O ELO DE UTILIDADE ENTRE A CATEGORIA PRAGMÁTICA DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E A BUSCA NEOCONSTITUCIONALISTA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O objetivo desta seção é explicitar a existência

²⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 31 *et seq.*

²⁵ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 252. Disponível em: <<http://senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, p. 523 *et seq.*

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5 *et seq.*

de um elo entre o método pragmático e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde, o que se pretende realizar através da análise da categoria pragmática das consequências práticas e de sua utilidade na construção de uma decisão judicial atenta às circunstâncias sociais.

Como postura antirrepresentacionista, o pragmatismo não considera útil a busca pela essência de alguma coisa, mas procura, ao invés disso, priorizar a compreensão das diversas relações dessa coisa com o mundo, afinal não há essência alguma sem correspondência com as necessidades humanas. Nesse sentido, o que realmente importa é saber em que relações uma determinada ideia está inserida e de que modo ela poderá apresentar-se útil aos propósitos e necessidades humanos²⁸.

Há no método pragmático uma relação necessária entre teoria e prática, ou, entre o pensamento e a ação, o que pressupõe, para a compreensão de uma ideia, a sua necessária contextualização em relação a uma determinada situação prática²⁹.

A conjugação das ideias contidas nos dois parágrafos anteriores expressa o método pragmático, afinal ele representa, em grande medida, a relação entre o geral e o particular, ou dito de outra forma, a relação entre o significado e as suas consequências práticas.

Nunca é demais lembrar que pensar o direito em termos pragmáticos conduz a que uma teoria ou uma classificação somente tem relevância ou pode ser considerada satisfatória caso apresente resultados práticos perceptíveis. Nesse sentido, algumas das ideias bastante caras ao neoconstitucionalismo podem ser submetidas a um teste pragmático, ou seja, a uma verificação de sua utilidade ou capacidade de contribuir para a promoção de propósitos socialmente relevantes.

Afirma Posner³⁰ que, para o pragmatista, o Direito consiste em uma ferramenta social destinada a fins sociais. Para essa finalidade, as consequências consideradas devem ser sistemáticas e

não limitadas ao caso concreto. Considera o autor consequência sistemática aquela que impacta a comunidade comercial, devendo o juiz, mesmo que de forma inconsciente, compatibilizar sua decisão com o mínimo de inquietação conforme o direito aceito pela sociedade em questão.

Pode-se afirmar que também não é estranha ao neoconstitucionalismo a visão do direito como meio de promoção das necessidades socialmente relevantes. É bastante difundida a noção de que o constitucionalismo contemporâneo busca a efetividade dos direitos, especialmente dos direitos ditos fundamentais e que, para tanto, faz uso de conceitos como a força normativa da constituição, a normatividade dos princípios e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Enquanto construções da ciência do direito, tais aspectos carecem de utilidade própria ou intrínseca, entretanto, passam a exercer papel destacado para as relações humanas em virtude de sua utilidade para a concretização (realização prática no âmbito social) dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

Uma consequência perceptível dos mencionados conceitos foi o reconhecimento de que, para além de meras exaltações políticas ou chamamentos ao legislador, as normas constitucionais geram, muitas vezes, direitos subjetivos aos indivíduos ou mesmo coletividades de indivíduos, e, de outro lado, obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. A construção teórica da normatividade e da necessária efetividade das normas constitucionais ocasionou a transposição de definições gerais, como os direitos fundamentais, aos quais muitas vezes era atribuída a característica de valores constitucionais, para o campo prático da exigibilidade de sua concretização e, portanto, trabalhando de maneira útil a sua normatividade.

É esclarecedora, nesse ponto, a preocupação com as consequências práticas colhida da afirmação de Barcellos³¹ no sentido de que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, buscando a construção de

²⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007. p. 26.

²⁹ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico, p. 55.

³⁰ POSNER, Richard. *Pragmatic adjudication*. The revival of pragmatism: New essays on social thought, law, and culture. Durham: Duke University Press, 1988. p. 238.

instrumentos através dos quais será possível transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Ademais, as decisões que manejam conceitos neoconstitucionalistas não raras vezes valorizam em sua argumentação o contexto, implicando isso, inclusive, que o juiz pode se valer de fontes de conhecimento mais afetas a outros ramos para atender a necessidades sociais perceptíveis no caso concreto. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal já convocou, em algumas oportunidades, audiências públicas com a participação da comunidade e de especialistas de diversas áreas, a fim de colher informações relevantes quanto à matéria então discutida. Um grande exemplo disso foi a Audiência Pública realizada naquela corte constitucional sobre o direito fundamental à saúde, nos meses de abril e maio de 2009, com a participação de diversos especialistas no tema.

O contextualismo explorado na adoção de algumas decisões judiciais reforça o aspecto pragmático das consequências práticas, afinal, a sua antevisão em uma determinada decisão pressupõe, necessariamente, o conhecimento das circunstâncias fáticas e sociais que ela envolve. Forma-se, assim, um conjunto de aspectos úteis à construção de uma decisão adequada, que engloba o contextualismo, as necessidades sociais e o consequencialismo.

Embora o pragmatismo seja uma forma de pensamento característica do direito norteamericano, nos tribunais brasileiros podem ser encontradas decisões as quais, ainda que algumas vezes intuitivamente, fazem uso de argumentos pragmáticos.

A busca neoconstitucionalista pela efetividade dos direitos fundamentais pode ser bem representada pela judicialização do direito à saúde, ocorrida especialmente a partir de meados da década de 1990, cujo marco foram as decisões que passaram a reconhecer a obrigação

estatal de fornecimento de medicamentos antirretrovirais a pacientes portadores do vírus HIV. Nesse sentido, vale mencionar a adoção pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 271.286, do entendimento de que o direito à saúde consiste em “consequência constitucional indissociável do direito à vida”, ao que acrescentou, ainda, que “a interpretação da norma constitucional não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.

A teoria do caráter meramente programático da norma constitucional gerava como consequência a não efetividade do direito à saúde. Esta posição, como visto, foi modificada, tendo contribuído para argumentos consequencialistas, que refletem, ainda que em certa medida, o recurso ao método pragmático de construção de uma decisão adequada.

Não se pretende defender aqui uma identidade entre o método pragmático e o neoconstitucionalismo, mas, com base nos argumentos expostos, conclui-se pela existência de um elo de utilidade entre ambos, especialmente no que concerne ao aspecto das consequências práticas, sejam elas expressas no âmbito da ciência do direito (teorias providas de utilidade prática) ou da atividade dos tribunais (julgados adequados às necessidades fáticas e às possibilidades do sistema jurídico).

Ademais, assim como o pragmatismo enxerga o direito como uma atividade, focando sua abordagem na função jurisdicional, o neoconstitucionalismo também atribui papel destacado ao Poder Judiciário, no sentido de que a ele cabe, através de um grau moderado de ativismo judicial no controle de políticas públicas, a tutela e a concretização dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

5 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS RACIONAIS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

SAÚDE E O CRITÉRIO DA POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO AOS HIPOSSUFICIENTES DA PRESTAÇÃO JUDICIALMENTE PLEITEADA

Como já afirmado, houve nos últimos anos no Brasil um perceptível avanço em termos de eficácia social (efetividade) dos direitos fundamentais sociais, realidade que pode ser facilmente comprovada pelo crescente número de casos em que o Poder Judiciário passou a decidir pela obrigação estatal de fornecimento gratuito de medicamentos.

Não obstante os avanços, o tema está longe de ser pacificado, decorrendo o seu elevado grau de complexidade, em grande medida, do fato de que todos os direitos possuem uma dimensão financeira, ou seja, “não existem direitos sem custos para sua efetivação. Não se trata aqui apenas dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito, fundamental ou não”³². No mesmo sentido é a lição de Stephen Holmes e Cass Susntein³³, ao afirmar que mesmo os direitos ditos de primeira geração (ou dimensão) demandam recursos que são arcados por toda a sociedade.

Como não poderia deixar de ser, o direito fundamental à saúde apresenta o aspecto financeiro de maneira muito destacada, o que envolve a consideração de diversos institutos como a obrigação de progressividade na sua realização, a proibição de retrocesso, o mínimo existencial e a reserva do possível. Tais conceitos não constituem o objeto do presente estudo, razão pela qual não se procurará desenvolvê-los, mas a menção a eles é indispensável para comprovar a necessidade de uma maior racionalidade na concessão de medicamentos e outras prestações de saúde no âmbito judicial, de maneira a que se promova um adequado equilíbrio entre a satisfação das necessidades sociais relacionadas à saúde e, por outro lado, a manutenção da viabilidade administrativa e orçamentária das políticas públicas desenvolvidas nesse campo.

Tem sido grande a preocupação do próprio

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de se alcançar um maior grau de racionalidade no trato da questão no âmbito judicial, razão que levou à edição da Resolução n. 31, de 30 de março de 2010, recomendando aos tribunais a adoção de medidas que visem subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Recentemente, inclusive, foi publicada também pelo CNJ a Recomendação n. 43, de 20 de agosto de 2013, no sentido de que os tribunais do país promovam a especialização das Varas para processar e julgar as mencionadas demandas.

Na seara doutrinária, também tem havido esforços no sentido da construção de parâmetros razoavelmente objetivos e adequados à concretização do referido direito social, tendo este debate ocupado espaço privilegiado no contexto constitucional contemporâneo. Como exemplo que reforça a existência do elo de utilidade entre o método pragmático e o neoconstitucionalismo (objeto da seção 4), pode-se afirmar que a construção dos pretendidos parâmetros pressupõe a consideração de aspectos pragmáticos, como o contexto socioeconômico e as consequências práticas que poderão decorrer da decisão.

Um dos parâmetros propostos para a verificação da justiciabilidade dos direitos sociais, proposto por Souza Neto³⁴, é a verificação da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da medida ou prestação pleiteada, ou seja, a sua exigibilidade judicial estaria ligada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre aqueles que não podem arcar com os seus custos por conta própria e sem o comprometimento de outras necessidades básicas. Aponta o autor como exemplo a circunstância de que, no atual contexto, não se apresenta viável que o Poder Judiciário condene determinado ente federativo a entregar uma casa a um indivíduo, sob o fundamento de que o direito à moradia tem aplicabilidade imediata. Como esta medida não pode ser universalizada a todos

³² NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80.

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 540-541.

os hipossuficientes, a sua concessão individual representaria, em maior ou menor medida, uma quebra do princípio da isonomia. Entretanto, o mesmo direito pode ser viabilizado, ainda que com menor grau de tutela, através de políticas de desoneração da construção civil, de programas de financiamento subsidiado de moradias ou da construção de albergues públicos.

Em matéria de direito à saúde, o critério da verificação da possibilidade de universalização da medida judicialmente pleiteada a todos os hipossuficientes também se apresenta útil para evitar a tomada de decisões que, embora bem intencionadas, acabem por promover alguma consequência prática negativa à coletividade. Nesse sentido, embora a saúde seja um direito de todos e um dever do Estado, conforme previsto no art. 196 da Carta Magna, ele não deve ser objeto de tutela a um indivíduo em um grau tal que não possa ser garantido a outros em idêntica situação, sob pena de, nesse momento, tornar-se impossível a sua concretização como um verdadeiro direito de todos.

Estabelecidas as premissas necessárias, o objetivo da seção seguinte será a abordagem pragmática das decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decorrentes de julgamentos ocorridos durante o período de outubro de 2012 a setembro de 2013 e que tenham feito uso da expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”, por ser esta a construção linguística através da qual o critério da possibilidade de universalização da medida aos hipossuficientes tem sido empregado nos julgados pátrios.

6 ANÁLISE PRAGMÁTICA DAS DECISÕES DO TRF DA 5ª REGIÃO

A análise pragmática de decisões judiciais a ser realizada nesta seção tem como objetivo a apresentação de respostas aos seguintes questionamentos: (a) o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação relacionada à saúde judicialmente pleiteada

tem sido utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região? (b) em caso afirmativo, quais argumentos têm sido utilizados pelo Tribunal no manejo de tal critério?

Realizada a pesquisa de jurisprudência na página web do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com base nos parâmetros de pesquisa já mencionados na introdução e no final da seção anterior, foram encontrados apenas dois acórdãos que fizeram referência expressa à impossibilidade de atendimento de situações individuais.

Inicialmente, merece ser mencionado o acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 122419/PE, no qual fora reconhecida a impossibilidade de ser atendida pretensão de que uma menor pudesse vir a ser tratada em casa, através de sistema *home care*. O Tribunal se manifestou no sentido de que:

[...]

2. Viola o princípio da isonomia a concessão de tratamento domiciliar a um único paciente, o qual já se encontra internado em hospital público, tendo em vista que muitos outros sofrem com a ausência de vagas e a dificuldade de atendimento nos referidos hospitais.

3. Na espécie, o deferimento do serviço de *home care* ao paciente só seria possível caso se pudesse garantir a mesma situação àqueles que passam por circunstâncias igualmente periclitantes.

[...]

4. Devem ser evitadas as decisões que impliquem em destinação de recursos ao atendimento de situações individuais, tendo em vista que tais decisões prejudicariam, mesmo que indiretamente, a situação de terceiros que desses recursos necessitam para serem atendidos de maneira eficaz. [...]

O julgado supra parece comungar com algumas posturas críticas de parcela da doutrina quanto à concessão individual de prestações de saúde, que acabariam por privilegiar o interesse pessoal em detrimento do interesse social. Nesse sentido, manifesta-se³⁵ ao afirmar que tal postura judicial acaba por sobrepor o direito individual aos interesses sociais que devem ser expressos através de políticas públicas, tratando-se, em verdade, de aprisionamento do interesse social e

³⁵ NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, p. 109.

de atribuição de realce ao direito individual.

Embora mais moderado quanto à crítica ao individualismo na tutela judicial de saúde, Krell³⁶ leciona que a solução adequada ao problema passa por uma limitação da concessão individual de medicamentos fora das listas oficiais, pela limitação deste direito a pessoas hipossuficientes e pela concentração da atuação do Poder Judiciário, através de ações coletivas que tenham por objeto melhorias gerais no sistema de saúde.

Não se pretende verificar a adequação ou não dessas críticas, mas é possível afirmar que elas guardam relação com a análise do critério doutrinário discutido no presente estudo e com a problemática extraída do julgado supra.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 121948/PB, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mais uma vez, valeu-se da verificação da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação de saúde pleiteada, para afirmar que não se fazia possível o acolhimento da pretensão recursal no sentido de que fosse determinada a continuidade do tratamento da recorrente em unidade de tratamento paliativo a ser especialmente construída para esta finalidade. Nesse julgado, o Tribunal decidiu que:

[...]

4. Em que pese a situação da paciente CLARICE GOMES DOS SANTOS, que busca uma qualidade de vida compatível com seu estado, o Judiciário não pode, repita-se, privilegiar situações individuais em detrimento das políticas públicas que buscam o atendimento de toda a população de forma igualitária. Assim, a transferência da paciente da UTI para uma unidade de cuidados paliativos, especialmente constituída para este fim, só seria possível caso se pudesse garantir o mesmo tratamento àqueles que passam pelas mesmas circunstâncias, o que não se verifica dos autos, tendo em vista informação prestada pela Secretaria de Saúde do Município de João Pessoa, às fls. 156/158, segundo a qual inexistem pacientes internados em hospitais públicos desta capital necessitando de cuidados paliativos (Precedentes desta Corte e do TRF da 2ª Região).

[...]

Pode-se verificar no julgado supra a preocupação com questões pragmáticas, especificamente relacionadas ao contexto, representado pela consideração acerca da existência de outras pessoas que necessitariam de medidas semelhantes e que não poderiam ser atendidas, bem como pelo aspecto das consequências práticas, no sentido de que a concessão da prestação judicialmente pleiteada geraria um quebra do princípio da isonomia, consistente no tratamento desigual atribuído a pessoas submetidas a circunstâncias fáticas idênticas.

Embora não tenham sido encontrados muitos julgados que satisfizessem os parâmetros estabelecidos, pode-se responder afirmativamente à primeira questão levantada no início desta seção, afinal o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação judicialmente pleiteada tem sido utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que se expressa através da demonstrada menção à impossibilidade de atendimento de situações individuais.

Quanto à segunda questão suscitada, podem ser extraídos dos julgados examinados alguns argumentos para o acolhimento da impossibilidade de atendimento de determinada situação individual, consistentes, além de no próprio critério já mencionado, também nos princípios da isonomia e em questões orçamentárias que remetem, por exemplo, à cláusula da reserva do possível.

7 CONCLUSÃO

O pragmatismo jurídico, entendido como método de análise do direito a partir da atividade dos tribunais, representa uma útil ferramenta de compreensão do fenômeno jurídico, especialmente por sua capacidade de contribuir para a construção de decisões atentas às necessidades

³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Para além do fornecimento de medicamentos a indivíduos. O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FREITAS, Lorena *et al.* (Org.). *O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012. v. II. p. 140-141.

sociais. Nesse sentido, mostram-se relevantes os aspectos contextuais e consequencialistas que informam a tomada de decisões.

Embora possam parecer concepções inconciliáveis, pragmatismo e neoconstitucionalismo apresentam alguns traços de identificação. Ambos atribuem um papel destacado à atividade do juiz, bem como ao aspecto das consequências práticas das suas decisões. No âmbito do neoconstitucionalismo isto se expressa através da busca pela efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais. Faz-se possível, portanto, especialmente diante dos argumentos constantes da seção 4, concluir pela existência de um elo de utilidade entre o método pragmático e a busca pela efetividade dos direitos, típica do constitucionalismo contemporâneo.

Restou ainda demonstrada a utilidade do critério doutrinário da possibilidade de universalização da medida ou prestação de saúde judicialmente pleiteada. Este critério contribui para o discurso judicial relacionado aos direitos humanos, chamando atenção para um necessário equilíbrio entre a dimensão da tutela individual de direitos fundamentais e os casos em que esta espécie de tutela não se coaduna perfeitamente com a dimensão coletiva daquele direito. Nesse sentido, sua exigibilidade judicial estaria relacionada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos por conta própria e sem o comprometimento de outras necessidades básicas.

A análise pragmática dos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região revelou, no período selecionado, a existência de dois acórdãos que satisfizeram os critérios de busca estabelecidos. Embora poucos, os julgados revelaram que o Tribunal vem aplicando o já mencionado critério doutrinário, que se fez presente nos votos e acórdãos através da expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”. Os exemplos de sua aplicação prática foram, em um caso, a impossibilidade de concessão de tratamento médico em sistema de home care, e, em outro caso, em unidade de tratamento paliativo a ser construída especialmente para o paciente

requerente. Em ambos os exemplos, conclui-se, diante do contexto jurídico-social, que o acolhimento de ambas as pretensões traria como consequências a quebra do princípio da isonomia, tendo em vista o mesmo tratamento não poder ser universalizado a todos os hipossuficientes, bem como a alocação inadequada de recursos públicos que pertencem à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 271.286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Dj, 24 nov. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 122419/PE. Relator: Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (convocado). Dje, 25 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 121948/PB. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt. Dje, 06 mar. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad e Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et al.* (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. v. 2.

HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 266-280, jan./jul. 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucionale neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos a indivíduos. O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FREITAS, Lorena *et al.* (Org.). *O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012. v. II.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 144, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. *Como tornar as nossas ideias claras*. Trad. Antonio Fidalgo. 1990. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Pragmatic adjudication*. The revival of pragmatism: New essays on social thought, law, and culture. Durham: Duke University Press, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira;

SARMENTO, Daniel; BINENBOJIM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. *Revista do Mestrado em Direito* – Universidade Federal de Alagoas. Maceió: Edufal, v. II, n. 3, dez. (2006-2008). 2008.

SOUZANETO, Cláudio Pereira. Ajusticiabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O *CRITICAL LEGAL STUDIES* COMO FORMA DE EXPLICAR A INJUSTIÇA AMBIENTAL

Manuela Braga Fernandesⁱ

Sumário: 1 Introdução. 2 O movimento do *Critical Legal Studies*. 3 Os paradigmas da justiça ambiental e ferramentas para sua efetivação. 4 O CLS como forma de abordar a garantia da justiça ambiental: o caso do condomínio Alamoana. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

A justiça ambiental é um movimento de distribuição equitativa de ônus e bônus da exploração do meio ambiente. Da mesma forma, pode significar a atuação do Poder Judiciário no sentido de garantir efetividade do cumprimento da legislação ambiental. Assim, justiça ambiental pode ser a jurisprudência que se constrói no dia a dia para promover a proteção do meio ambiente. Por essa razão, a figura do magistrado tem um papel relevante na garantia da justiça ambiental, na medida em que é ele o efetivador da norma de proteção ao meio ambiente. O propósito do presente trabalho é tomar o referencial do *Critical Legal Studies* para compreender as decisões judi-

ⁱ Graduada em Direito. Mestranda em Direito Econômico no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (manuelabraaga@gmail.com).

ciais contrárias à proteção do meio ambiente. O CLS e seu conceito de ideologia dominante podem explicar o fenômeno das decisões opostas à manutenção do meio ambiente sadio. O teste para essa problemática vai ser a análise do caso do condomínio Alamoana, empreendimento imobiliário na cidade de João Pessoa.

Palavras-chave: Meio ambiente. Justiça ambiental. *Critical Legal Studies*. Efetividade do cumprimento da legislação ambiental.

Abstract

Environmental justice is a movement that claims for equal distribution on onuses and bonuses regarding the exploration of the environment. It may also mean the Judiciary system's performance on the fulfilling of the environmental legislation. So, environmental justice may be the jurisprudence constructed on a daily basis that promotes environmental protection. For that reason, the judge has a relevant position on the assurance of environmental justice because he has the power to concretize the protective legislation. The purpose of this work is to take the Critical Legal Studies theory to understand judicial decisions that go against the protection of the environment. CLS and its concept of dominant ideology may explain the phenomenon of decisions that go against the maintenance of a healthy environment. The test to this problem will be the analysis of the case of the Condomínio Alamoana, a real state enterprise located at João Pessoa.

Keywords: Environment. Environmental justice. Critical Legal Studies. Effectiveness of environmental compliance.

1 INTRODUÇÃO

A temática da justiça ambiental *lato sensu* não vai tratar apenas da questão da escassez ou da preservação do meio ambiente, mas também da distribuição de recursos e dos ônus ambientais. A comunidade negra americana começou a perceber uma política pública ambiental que desfavorecia as suas localidades, sofrendo especialmente com despejo de dejetos nos seus arredores. Nasceu, então, a chamada justiça ambiental, um conjunto de princípios que clamam pelos direitos ambientais sem qualquer distinção de cor. A partir daí o movimento globalizou-se e passou a agregar não só comunidades negras, mas todos os cidadãos que lutam pela devida garantia de direitos ambientais.

Uma vez estabelecida a temática da justiça ambiental como um movimento internacional de distributividade de encargos negativos de recursos ambientais, faz-se mister dizer que o termo também vai significar a atuação do Poder Judiciário nacional no sentido de melhor garantir a efetividade dos direitos ambientais da sociedade. Assim, na mesma medida, a justiça ambiental é também a jurisprudência que se forma no dia a dia do Judiciário de modo a promover a efetivação das previsões legais acerca de proteção ambiental e dos princípios gerais do tema.

Nesses termos, o Poder Judiciário, na figura do juiz, deve ser o maior garantidor de justiça ambiental, já que assume o papel de efetivador da lei. É necessário que faça os contornos para que seja justo no caso concreto, pois a legislação é letra morta e não é capaz de acompanhar as peculiaridades que o dia a dia propõe para o magistrado. Assim, usando de sua própria consciência, permitindo sua personalidade aflorar na sentença, é possível garantir justiça ambiental.

O fato é que a decisão judicial é uma decisão pessoal fundamentada, *a posteriori*, em direito. Assim, a garantia da justiça ambiental vai acontecer à medida que o juiz responsável pela causa esteja disposto a assim fazer. No entanto, muitas vezes o magistrado assume uma postura que não entra

em acordo com esses preceitos de pró-atividade na feitura de justiça ambiental. A ideia, então, é usar os ensinamentos do *Critical Legal Studies* (CLS) como marco teórico para desvendar os interesses por trás dessas decisões contrárias à garantia de justiça ambiental. O CLS concebe o direito como instrumento de dominação de classe, sempre servindo a determinados nichos sociais e entendendo a permeabilidade que se dá entre direito e política.

A hipótese para essa problemática é que os ensinamentos do CLS acerca de encontrar a ideologia dominante que se esconde na decisão judicial vão explicar as decisões judiciais que se esquivam de garantir justiça ambiental. O teste para essa hipótese vai ser verificado no caso do condomínio Alamoana, um empreendimento residencial na cidade de João Pessoa que está em área de preservação e que não cumpriu os requisitos legais para lá se estabelecer.

Portanto, num primeiro momento, o presente trabalho vai desvendar o movimento do CLS para, em seguida definir os parâmetros da justiça ambiental. Por fim, vai trazer os questionamentos do CLS para a justiça ambiental através do paradigma exemplificativo do condomínio Alamoana.

2 O MOVIMENTO DO *CRITICAL LEGAL STUDIES*

O *Critical Legal Studies*, ou CLS, é considerado por seus próprios pensadores um movimento, um jeito de pensar o direito que rejeita o apego ao positivismo e clama por um olhar crítico no estudo do direito. É um movimento intelectual americano que tenta entender os fenômenos jurídicos a partir dos ensinamentos pragmáticos e realistas, sem se desprender dos parâmetros marxistas e feministas.¹

O movimento nasceu a partir de um encontro de professores de direito na Universidade de Wisconsin em 1976. Nesse encontro foi formado

um grupo de discussões que mais tarde se espalhou, ganhando adeptos nas universidades de Harvard e Yale. Entre seus maiores expoentes, hoje, estão Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Morton Horwitz e Elisabeth Mensch.

O CLS dedica boa parte de suas energias a uma profunda e engendrada crítica ao liberalismo, correntetão adstritaaomodo depensaramericano, proclamando a indeterminação do direito que emergiu no ambiente do modo de produção capitalista. A maioria de seus pensadores são herdeiros do ativismo político dos anos 60 e 70 nos Estados Unidos e se concentraram em pensar o direito como ideologia, como legitimação e como força hegemônica².

Duncan Kennedy demonstra a ambivalência no CLS ao esclarecer que, se de um lado o movimento insiste no direito como campo autônomo de luta cultural e política, de outro, empenha-se em demonstrar as incoerências e as contradições do direito³. Assim, ao mesmo tempo que o direito é elemento de mudança, é também mecanismo defeituoso, que precisa sofrer uma renovação para servir a seus fins.

Um dos principais pleitos do CLS nos seus primeiros dias era o fim da exclusão das questões de justiça social, econômica e sexual dos programas de ensino do direito, o que, alegavam, favorecia a manutenção do *statu quo*. O direito seria, nesses termos, um instrumento de manutenção da ordem vigente, que se contrapõe à ideia do movimento, que coloca o direito como fator de mudança.

Para Duncan Kennedy, o CLS parece ter falhado como instrumento de transformação da sociedade, mas obteve sucesso na mudança dessa educação jurídica lacunosa. O CLS desafiou o ensino clássico do direito, instituindo a hermenêutica e questões mais desafiadoras referentes a sociedade, justiça e sexo como parte do programa de educação no direito. No entanto, para ele, o ambiente do curso de direito ainda reproduz convenções de poder: os professores são

¹ GODOY, Arnaldo. O *critical legal studies movement* de Roberto Mangabeira Unger. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007

² ARNAUD, André-Jean et al. (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³ ARNAUD, André-Jean et al. (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*.

majoritariamente brancos, do sexo masculino, pretensamente corretos nas suas atitudes e com todas as características da classe média.⁴

Os Estados Unidos, berço dos *crits*, nunca foram um país que favoreceu o crescimento da esquerda. Traz consigo um viés liberal e conservador adstrito à cultura e modo de pensar majoritários. O CLS, então, tem um papel importante na formação de uma esquerda jurídica, de modo que pode promover debates mais institucionalizados acerca do ensino do direito.

Dessa forma, sob o jargão “direito é política”, o CLS apresenta para o direito uma abordagem pós-positivista, esquerdista e hermenêutica. Critica a ideia de que o conhecimento científico é sempre neutro e objetivo, o que condiz com o pragmatismo de William James, em que verdades são posições pessoais e a ciência se faz com subjetividade.⁵

De fato, o CLS tem a mesma origem que o realismo jurídico americano, ambos herdeiros do pragmatismo filosófico do final do séc. XIX. Mangabeira Unger entende que qualquer doutrina jurídica deve representar o que se propõe a explicar em termos de vida real, deve trazer consequências práticas⁶, revelando a influência do pragmatismo filosófico, conjunto teórico que desdenha de qualquer filosofia que não proponha resultados práticos. Não há como dissociar o pensamento jurídico de suas próprias razões, sua maneira de entender o entorno. É preciso negar a metafísica, como fez o pragmatismo anteriormente, e negar a filosofia do direito que rejeita o estudo das consequências práticas desse direito.

O realismo jurídico foi o primeiro herdeiro do pragmatismo, mas se pode dizer que o CLS deu continuidade ao realismo, promovendo a subjetividade encontrada através do empirismo acima do apego irrestrito à lei. No entanto, o CLS

critica frequentemente o realismo na medida em que entende que este adotou apenas um ceticismo moderado, ainda crente e permissivo diante do positivismo jurídico.

Um dos principais realistas é Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte americana entre 1932 e 1937. Ele entendia que cada indivíduo não apenas tem suas próprias crenças, sua filosofia de vida, mas é impossível separar essa filosofia do seu trabalho de magistrado. Descrevendo a sutileza das forças subconscientes que regulam a infusão de nossas decisões, Cardozo recorda James quando diz que:

Cada um tem uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia são desconhecidos ou constituem anátema. Há em cada um de nós uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente.⁷

No entanto, Cardozo, apesar de entender que o magistrado tem o condão de influenciar a concretização do direito, na medida em que atribui sentido à norma e este sentido passa pelo filtro da personalidade e crenças pessoais, não defende o decisionismo irrestrito. Ele desenvolve métodos que explicam o processo de decisão que o magistrado faz uso, mas os condiciona em todos os termos a adesão ao precedente. Assim, quando constrói os métodos da filosofia, tradição, história e sociologia, está, na verdade, admitindo que, apesar da decisão judicial ser um processo pessoal, é algo organizado do ponto de vista normativo, na medida em que o magistrado deve estar apegado ao precedente⁸. Como Lorena Freitas⁹ ensina, o realismo jurídico, ao dizer que direito é o que os juízes dizem que é direito, assim o faz sem se desprender da norma ou da adesão ao precedente.

Desse modo, é possível notar a postura moderada do realismo, que se coloca entre o

⁴ GODOY, Arnaldo. *O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy*: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/kennedy.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

⁵ JAMES, William. *Pragmatism's conceptions of truth*. New York: Dover Publications, 1986.

⁶ GODOY, Arnaldo. *O critical legal studies movement* de Roberto Mangabeira Unger. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

⁷ CARDOZO, Benjamin. *The nature of judicial process*. New York: Dover, 2005.

⁸ CARDOZO, Benjamin. *The nature of judicial process*.

⁹ FREITAS, Lorena de Melo. *O realismo jurídico como pragmatismo*: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Recife: o autor, 2009.

formalismo positivista e o puro decisionismo. O CLS deu continuidade ao realismo de modo crítico, com viés de esquerda, usando um ceticismo mais radical.

O que Cardozo chamou de elementos subconscientes podem ser trazidos para o CLS como ideologia¹⁰.

Para Kennedy¹¹, duas ideologias vão moldar o pensamento e a produção do direito nos EUA: liberalismo e conservadorismo. É preciso observar aqui que o âmbito de produção do direito que se fala não é o legislativo, mas o judiciário, pois para o CLS o direito é criado pelo Poder Judiciário. Então quando o CLS fala que o liberalismo e o conservadorismo regem a formatação do direito está dizendo nada mais que assim o fazem na medida em que essas ideologias permeiam a atuação dos juízes, responsáveis pela decisão judicial e, por isso, pela produção do direito.

Ideologia é a pretensão de universalizar a forma de pensar as relações sociais que está intrinsecamente relacionada com a defesa de interesses de grupos. A defesa dessa ideologia, para o CLS, se dá através do **comportamento estratégico**: a atitude do juiz de decidir de acordo com suas preferências externas ao direito, que se relacionam muito mais com questões de ordem social e política, para depois fundamentar essa decisão externa num material jurídico.

Com isso, Kennedy¹² ensina que é necessário assumir uma **hermenêutica de suspeita**, isto é, uma postura de desconfiança sempre tentando relacionar o discurso jurídico com um discurso político. Ou seja, é preciso não acreditar nas características normalmente atribuídas ao direito, como neutralidade, objetividade ou racionalidade. **Hermenêutica de suspeita é a postura cética diante do positivismo jurídico, o entendimento de que a produção jurídica**

dos tribunais estaria diretamente relacionada a um discurso político, o que explica a máxima de que “direito é política”.

A retórica jurídica, mascarada através de toda sua técnica positivista de aplicação, esconderia que o direito é, na verdade, um mecanismo de institucionalização de interesses de grupos sociais.¹³ A decisão judicial seria, então, orientada pela preferência ideológica do julgador.

O julgador tem uma variedade de materiais jurídicos dos quais, ao menos um, deve servir para justificar sua decisão pessoal, advindo de sua ideologia. Essa ideologia pode ser particular ou pode ser uma ideologia de classe, intrinsecamente relacionada ao *statu quo* social e econômico.

Os interesses de grupo – isto é, a ideologia – são assimilados pelo corpo político sob a forma de leis, transformando a ideologia em direito e permitindo que o grupo dominante formule demandas baseado em fundamentos jurídicos, não mais meras preferências¹⁴.

No direito ocidental, o discurso de qualquer autoridade, entre elas o magistrado, tenta legitimar o poder do Estado. A maneira tradicional positivista de entender o direito nega dois aspectos importantes acerca da legitimação do poder do Estado. O primeiro deles seria o fato de que o direito dá a um cidadão um grau de poder em detrimento de outros cidadãos, ou até mesmo promove graus diferentes de poder entre determinados grupos e, assim, a classe dos magistrados é um desses grupos privilegiados. A institucionalização dessas hierarquias promove a reprodução cristalizada desse poder dentro da sociedade. A cultura e o próprio costume da sociedade ensina que o juiz é alguém superior, ele está numa hierarquia acima dos demais – essa é a mensagem transmitida pelo Estado para

¹⁰ MEDEIROS, Gilmar Joane Macedo. Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito. *Anais... II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPA*. Recife, 2011.

¹¹ KENNEDY, Duncan. *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

¹² KENNEDY, Duncan. *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

¹³ KENNEDY, Duncan. *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

¹⁴ KENNEDY, Duncan. *La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

a sociedade.¹⁵

Da mesma forma, no segundo ponto, o positivismo entende que o sistema tem lacunas, conflitos e ambiguidades e que estas devem ser resolvidas pelos juízes. Esses magistrados têm consciência ou semiconsciência da ideologização do estado positivista, que promove uma formatação hierárquica da ordem social¹⁶, colocando eles mesmos, os juízes, numa posição superior. Essa observação aponta a parcialidade do magistrado no momento da decisão, na medida em que tem o Estado a seu favor e como seu legitimador, engrandecendo-o hierarquicamente.

Kennedy¹⁷ aponta a ingenuidade de se acreditar que o magistrado apenas aplica a lei, mas não cria norma ele mesmo. A ideologia permeia o discurso normativo na medida em que os magistrados usam o comportamento estratégico anteriormente mencionado para decidir. Assim o fazem sabendo que podem contar com a hierarquização a seu favor como forma de proteção, bem como têm interesse na sua manutenção.

Numa situação hipotética de transparência quanto à permeabilidade de ideologias pessoais no discurso jurídico, o resultado político seria diferente do que se tem em regra, a retórica da subsunção do fato à norma. Tal hipótese promoveria a consciência geral de que a política faz parte da decisão judicial. O CLS tenta promover justamente o fim dessa ilusão, de modo que seja possível para todos conceber que um juiz pode estar agindo de forma parcial, ou mesmo de má-fé, se essa decisão for a favor ou contra sua ideologia. Para os *crits*, tem que se quebrar o paradigma do juiz protetor, é preciso desconfiar da suposta neutralidade que permeia os limites da decisão judicial.

Os *crits* defendem o fim da concepção da lei sob o viés da objetividade. A própria criação legislativa segue parâmetros de julgamentos de

valor, opções e alternativas, especialmente nas normas abertas, que são conceitoseminentemente subjetivos. Usar a lei como instrumento objetivo e, por isso, facilmente controlável é um erro. A lei não tem o condão de controlar a decisão do magistrado.

O objetivismo é a crença que leis e precedentes detêm autoridade plena sobre o instrumental jurídico. Mas Mangabeira Unger ensina que o objetivismo é apenas um mecanismo que afasta o entorno, as ideologias políticas e sociais do seu vínculo com a realidade jurídica.¹⁸

O objetivismo tenta dotar de realidade o kelsianismo puro, centrado em problemas formais. O jurista moderno tenta tratar os problemas jurídicos sem tocar no assunto de interesses de grupos ou em política, invocando a impessoalidade na aplicação do direito. O que o CLS defende é que isso é impossível, a subjetividade resiste no direito no momento que a decisão judicial passa pelo crivo subjetivo da ideologia do magistrado.

Reforça-se, então, a hermenêutica da suspeita. Qualquer cidadão que se preste a interpretar o direito deve ter em mente a busca da motivação ideológica embutida na decisão. A decisão de direito é ensinada a se revestir de caráter de objetividade, impessoalidade ou neutralidade, mas é possível encontrar por trás dessa decisão as verdadeiras motivações do juiz. Para os CLS, o magistrado aproxima a justificação legal do discurso político vigente, aquele que o convence em razão de ser o discurso de dominação política. Essa dominação vem justamente trazer a conotação de hierarquia da qual o juiz, como aponta Kennedy, beneficia-se.

O fato de que cada decisão é revestida de uma posição ideológica é inferência lógica da admissão de que qualquer decisão judicial é uma decisão pessoal, decisão do magistrado que a profere, e, por isso, traduz as idiosincrasias de cada um.

¹⁵ KENNEDY, Duncan. *La critica de los derechos em los Critical Legal Studies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

¹⁶ GODOY, Arnaldo. *O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy*: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/kennedy.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁷ *O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy*: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/kennedy.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁸ GODOY, Arnaldo. *O critical legal studies movement* de Roberto Mangabeira Unger. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

Kennedy¹⁹ traz, então, a proposta de um pós-direito, que é a aceitação de que **a crença no poder judiciário vem da fé que se tem nos direitos subjetivos**. O Estado democrático, com suas heranças jusnaturalistas, leva os cidadãos a acreditarem em direitos primígenos, direitos que fundamentam todos os direitos, o direito de se ter direitos, a garantia jurídica de se ter justiça. Com a ruptura dessa fé, é possível enxergar a produção do direito como realmente é, uma afirmação de ideologias dominantes.

Kennedy é um dos principais críticos da postura mítica dos magistrados como figura popular que detém verdades e poderes maiores que os demais. Esse ideário serve apenas para construir a ideia de que os magistrados estariam acima de interesses pessoais, disposições partidárias ou compromissos ideológicos. A cultura do direito parece colocar o juiz como ícone despersonalizado de uma intuição moral incorruptível, como se seu trabalho trouxesse como resultado nada além da verdade. O juiz não é o defensor do cidadão comum, ele foi colocado numa situação hierárquica de poder e tem o condão de decidir sobre os demais de acordo com suas próprias convicções, o que não faz dele, de nenhuma forma, um protetor incorruptível do seu menor hierárquico.

A reivindicação da *Critical Legal Studies* é de que absolutamente não há como falar de forma politicamente neutra e coerente quando se refere a uma decisão judicial. **Se o realismo jurídico entende que o resultado de um processo judicial pode ser diferente do que está na lei, o CLS defende que a classe dominante vai garantir que esse resultado não esteja contrário aos seus interesses. O garantir que esse resultado não esteja contrário aos seus interesses.** O movimento substituiu as principais ideias do pensamento jurídico moderno pela análise da concepção da lei, uma abordagem política no estudo do direito²⁰.

Assim, o CLS é um movimento que estuda o direito desconfiando da neutralidade e da objetividade na decisão judicial. Essa postura

crítica de abordagem do direito permite trazer explicações na análise casuística de diversas matérias de direito que parecem desafiar o homem comum que tenta analisar a decisão sob o viés meramente legal. O CLS vai trazer um olhar fresco para a realidade jurídica que se tem no dia a dia da operação do direito, de forma a explicar fenômenos que o positivismo esquivou-se de responder.

A questão da garantia da justiça ambiental pode ser um desses fenômenos quando se analisa casos em que o Judiciário é faltoso em cumprir os requisitos legais de maior obviedade. Muitas vezes os magistrados parecem sair do seu lugar comum para justificar uma decisão que traz respaldos negativos sobre o meio ambiente. A análise de decisões desse tipo sob o olhar crítico do CLS pode promover explicações suficientes para a situação.

3 OS PARADIGMAS DA JUSTIÇA AMBIENTAL E FERRAMENTAS PARA SUA EFETIVAÇÃO

A temática da justiça ambiental *lato sensu* não vai tratar apenas da questão da escassez ou da preservação do meio ambiente, mas também da distribuição de recursos e dos ônus ambientais.

Assim, justiça ambiental é mais que falar em jurisprudência ambiental, é, em verdade, um movimento social que nasceu nos EUA dos anos 80. A comunidade negra americana começou a perceber uma política pública ambiental que desfavorecia as suas comunidades, sofrendo com despejo de dejetos ou mesmo o esquecimento completo das suas próprias necessidades. Nasceu, então, a chamada justiça ambiental, um conjunto de princípios que clamam pelos direitos ambientais sem qualquer distinção de cor. A partir daí o movimento globalizou-se e passou a agregar não só comunidades negras, mas todos os cidadãos que lutam pela devida garantia de direitos ambientais e se sentem inferiorizados, arcando com os prejuízos de políticas públicas

¹⁹ KENNEDY, Duncan. *A critique to adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

²⁰ UNGER, Roberto M. *The Critical Legal Studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

prejudiciais.²¹

Dessa forma, o conceito de justiça ambiental está mais relacionado à justiça distributiva, tem como principal fundamento a distribuição equitativa dos danos ambientais. O enfoque aqui é que todos arquem com os danos, não se fala nem em riquezas ou bônus, mas em ônus.

O movimento não só critica o crescimento econômico desenfreado, que não se preocupa com as questões ambientais, mas quer promover também uma ampliação nas discussões dentro da matéria ambiental. Promove um discurso de divisão das problemáticas ambientais, pois não existe um meio ambiente homogêneo, ele tem diferentes vieses que devem ser discutidos de maneiras diferentes. O que quer dizer é que a questão da água é diferente da questão de energia e esta, por vez, é diferente da de resíduos etc. Todas essas temáticas têm suas peculiaridades que devem ser tratadas separadamente, mas juntas formam as questões de direito ambiental. E é fazendo essa devida separação que se vai atingir a verdadeira justiça ambiental

O oposto da justiça ambiental é a injustiça ambiental, ou racismo ambiental, que se configura na distribuição desigual dos benefícios e dos impactos negativos das políticas ambientais entre os diferentes grupos da sociedade. Quando há uma situação em que um determinado grupo social não tem acesso aos recursos e ao mesmo tempo arca com todos os custos dos impactos ambientais negativos, tem-se consolidada a injustiça ambiental.

As discussões acerca da justiça ambiental começam a acontecer no Brasil no ano 2000 com publicações e pesquisas na área. Em 2001, criou-se a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), que assumiu o compromisso de garantir que nenhum grupo social ou étnico suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas, o acesso justo de todos aos recursos, acesso às informações relevantes

sobre o tema e favorecimento à criação de novos grupos de proteção²².

A Rede tem investido em pesquisas que tentam relacionar a degradação ambiental com a desigualdade social e conclui que a exposição desigual da população a danos ambientais não decorre de uma condição natural geográfica, mas de processos sociais e políticos que promovem uma proteção desigual da população.

Um caso paradigmático de injustiça ambiental se deu em 1991 quando o chefe do Banco Mundial, na época, Lawrence Summers, propôs em um memorando, que vazou na mídia internacional, o despacho dos impactos ambientais negativos para países mais pobres. Propunha, no documento, encorajar a migração da indústria poluidora para países subdesenvolvidos da África de modo a resolver o problema dos resíduos tóxicos, livrando-se deles no terceiro mundo. Ele segue dizendo que os países subpovoados da África são “subpoluídos”; afirma que ter boa qualidade do ar nesses lugares é ineficiente, sendo a melhor qualidade do ar mais proveitosa em cidades como Los Angeles ou Cidade do México.²³

Não é só a África que sofre com a condição de ser área de descarte de rejeitos de países mais ricos, o Brasil tem registrados diversos casos de recepção de contêineres de lixo hospitalar e urbano dos EUA e da Inglaterra, como o emblemático caso das 46 toneladas de lixo hospitalar recebidos em Suape em 2011. É o que se chama de colonialismo tóxico.

A justiça ambiental vem então para combater essas práticas garantindo equidade e igualdade. O conceito social deve estar implícito na expressão justiça ambiental, pois não há verdadeira justiça sem que haja as garantias sociais dos cidadãos.

No entanto, uma corrente neomalthusiana tenta, nos dias de hoje, negar a injustiça ambiental. Se a teoria malthusiana defendia que o crescimento populacional acelerado era o causador de fome e miséria, a teoria neomalthusiana defende que a

²¹ CASTILHO, Adriana Guedes de. *Entre a justiça e a injustiça ambiental*: atuação do poder judiciário nos conflitos ambientais. 2012, 114f. Dissertação (Mestrado)–Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012.

²² PACHECO, Tânia [Blog]. Combate racismo ambiental. *Globo ecologia*: entenda a importância do trabalho da rede brasileira de justiça ambiental. 10.07.2012. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/tag/rede-brasileira-de-justica-ambiental/>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

²³ CASTILHO, Adriana Guedes de. *Entre a justiça e a injustiça ambiental*: atuação do poder judiciário nos conflitos ambientais. 2012, 114f. Dissertação (Mestrado)–Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012.

crise ambiental se dá em razão de o crescimento populacional não acompanhar os recursos naturais finitos do planeta, que não consegue se regenerar a tempo. Essa ideia é facilmente refutável com um dado do programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que revela que 20% da população consome 70% dos recursos do mundo. Assim, é a população mais abastada a responsável pela escassez dos recursos naturais.

Têm-se, ainda nesse campo, os ultraliberais, que acreditam que a melhor forma de combater a superexploração dos recursos naturais é privatizando-os. Dessa forma, os interesses econômicos das empresas promoveriam a preservação do meio ambiente. Para eles a falta de definição de propriedade privada sobre os recursos é que causa a degradação. No entanto, não discutem o fato de que ao colocar um dono nos recursos que são de todos estão negando o acesso da sociedade a eles.

Nesses termos, uma vez estabelecida a temática da justiça ambiental como um movimento internacional de distributividade de encargos negativos de recursos ambientais, faz-se mister dizer que o termo também vai significar a atuação do Poder Judiciário nacional no sentido de melhor garantir a efetividade dos direitos ambientais da sociedade. Assim, na mesma medida, a justiça ambiental é também a jurisprudência que se forma no dia a dia do Judiciário de modo a promover a efetivação das previsões legais acerca de proteção ambiental e dos princípios gerais do tema.

No seu comportamento, o Judiciário deve levar em consideração as responsabilizações penal, civil e administrativa que decorrem do dano ambiental. A responsabilidade civil deve ser objetiva, isto é, pouco importa se houve culpa ou dolo no evento danoso, havendo nexo de causalidade entre conduta do sujeito e dano está configurada a responsabilidade.

Sobre a responsabilidade penal, esta precisa de dois pressupostos para se configurar. Primeiramente, é preciso que a infração ambiental tenha sido resultante de uma decisão do representante da empresa; em seguida, é necessário que a decisão traga benefícios para essa companhia, que traga vantagens.

Os crimes ambientais estão regulamentados na Lei n. 9.605/1998, tendo sido revogados os crimes previstos no Código Penal e na legislação esparsa, sem prejuízo da aplicação subsidiária dos dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal.

A responsabilização administrativa também é prevista da Lei n. 9.605/1998, art. 70, que considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras de proteção e recuperação do meio ambiente.

Como regra geral na proteção ambiental, o ordenamento jurídico promove alguns princípios ambientais que dão a ideia central do sistema. O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado é um importante fundamento de proteção reconhecido internacionalmente através da Declaração de Estocolmo. Há o princípio do poluidor-pagador, que aplica medidas coercitivas e sanções financeiras para o ente poluidor. Da mesma forma, os princípios da prevenção e precaução, que orientam no sentido de evitar o dano ambiental antes que aconteça, seja ele já definido (prevenção) ou não exatamente diagnosticado (precaução). O princípio da informação vai garantir a participação do cidadão no processo decisório em medidas ambientais. O princípio da reparação vem para garantir a obrigação de reparar daquele que causou dano, mitigando os impactos causados. O princípio do acesso equitativo tem importante papel na justiça ambiental, ao assegurar que todos tenham acesso aos recursos ambientais sem quaisquer distinções. O princípio do respeito à identidade vem para garantir o respeito a memória social e antropológica do meio cultural que se forma dentro do meio ambiente. E, por fim, o desenvolvimento sustentável, que busca um equilíbrio entre crescimento econômico, social e ambiental.

Comungando com esses princípios gerais, a legislação nacional prevê quatro atores sociais que vão exercer no Poder Judiciário a função de tutela da proteção ambiental.²⁴ Esses sujeitos vêm para garantir a justiça ambiental como movimento social, mas também no sentido de promover decisões do dia a dia que respeitem o meio ambiente e promovam a longevidade dos

recursos naturais. Esses atores são o Ministério Público, a Polícia, o Terceiro Setor e o próprio Poder Judiciário, na figura do magistrado, o que promove um importante elemento de conexão com o CLS, a ser abordado mais adiante.

A defesa do meio ambiente é tarefa, em primeira mão, do *parquet*. Essa mudança veio com a Lei n. 6938/1981, que atribuiu ao Ministério Público a faculdade de propor ações judiciais de natureza civil com o objetivo de reparar ou evitar danos ao meio ambiente. Essa lei também instituiu a responsabilidade objetiva do poluidor nos termos atuais, independente de culpa. Mas foi a Lei n. 7.347/1985 que efetivou a possibilidade de intervenção do Ministério Público Federal ou Estadual na tutela ambiental, instituindo a Ação Civil Pública.

Os anos 1980 trouxeram essas duas leis que colocam o Ministério Público no centro da proteção ambiental; também foram criados órgãos de proteção ao meio ambiente dentro da instituição, de modo a promover a garantia desses direitos difusos.

Mas é a Ação Civil Pública o principal mecanismo de proteção ambiental, podendo-se ainda mencionar a importância do Mandado de Segurança e da Ação Popular. Têm competência para propor a ACP, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, União, estados, Distrito Federal, municípios, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista e associações. A ação deve ser proposta no foro em que ocorreu o fato danoso e pode ter como objeto a condenação pecuniária ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. A coisa julgada vai ter efeito *erga omnes*.

A Lei n. 7.347/85, junto com a Ação Civil Pública, criou o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, cujos recursos, advindos das sentenças condenatórias ou de multa, devem ser revertidos para a reparação dos danos.

É possível que as partes cheguem a um comum acordo, chama-se transação, que deve ser homologado judicialmente e impõe o compromisso de reparação do dano.

Existe ainda a possibilidade do compromisso

de ajustamento de conduta, que não é um instrumento processual, em que o sujeito que causa dano ambiental se compromete a ajustar suas atividades aos padrões das normas ambientais. Uma vez celebrado, ele assume a natureza de título executivo extrajudicial, em caso de descumprimento. Os mesmos legitimados para ACP podem executar esse título extrajudicial.

O poder de polícia também é uma ferramenta de proteção ambiental. A polícia administrativa, que está presente na fiscalização dos órgãos administrativos (autos de infração), e a polícia judiciária, que são as polícias civil e militar (inquéritos policiais), vão atuar na defesa do ambiente.

O Terceiro Setor, as entidades sem fins lucrativos, têm um papel complementar ao do Estado na garantia do meio ambiente equilibrado. Podem fazer essas garantias através de Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo e Ação Popular. Há a possibilidade também de intervirem em âmbito administrativo, interpondo recursos em processos licitatórios e participando de órgãos de controle ambiental como CONAMA ou SISNAMA. Ajudam ainda na pesquisa e educação em matéria ambiental, sendo estas uma das principais atividades das ONGs, seu trabalho de conscientização.

Por fim, o Poder Judiciário deve ser o maior garantidor de justiça ambiental já que a previsão legal é de que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser subtraída de sua apreciação; e as ameaças ambientais se incluem aqui. A Ação Civil Pública é a maior ferramenta no sistema processual para efetivar os direitos ambientais; é o instrumento que vai acionar o Judiciário e incitar o momento da garantia efetiva de um direito que vem sendo desrespeitado. É o Judiciário, representado pelo magistrado, que vai efetivar o disposto em lei ou normas gerais. Ele vai também garantir a proteção coletiva em casos de danos muito fragmentados (como o consumo de produto estragado). É relevante o papel social do Judiciário na apreciação de ações coletivas e garantia dos direitos ambientais.

²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo, 2009.

O juiz tem também o papel de educador ambiental, na medida em que está em posição de ser ouvido. Segundo Watanabe: “[...] é o recrutamento mais aprimorado de juízes e seu permanente aperfeiçoamento cultural, face à crescente complexidade das relações sociais, transformações sociais rápidas e profundas, criação assistemática de leis [...]”. O Poder Judiciário deve fazer do ambiente equilibrado sua luta particular.

A melhor maneira de justificar o papel do magistrado na efetivação da justiça ambiental, tese aqui defendida, é através do CLS e da herança teórica que proporciona. De acordo com essa corrente, a decisão judicial serve a um interesse pessoal, à ideologia do julgador. Assim, como foi demonstrado, a justiça ambiental depende especialmente do Ministério Público e do próprio magistrado. No entanto, tomando o CLS como paradigma, essa justiça do meio ambiente estaria seriamente prejudicada se não servir à ideologia do magistrado em questão. Dessa forma, para provar a hipótese que muitas decisões judiciais que se esquivam de garantir justiça ambiental o fazem a serviço de uma ideologia pessoal ou de classe, vai-se tomar a seguir o exemplo do Condomínio Alamoana.

4 O CLS COMO FORMA DE ABORDAR A GARANTIA DA JUSTIÇA AMBIENTAL: O CASO DO CONDOMÍNIO ALAMOANA

Como restou demonstrado, os *crits* defendem uma postura mais radical na abordagem do direito, admitindo que a decisão judicial é materialização através de instrumentos jurídicos de uma ideologia pessoal do julgador. Quando se aborda a questão da garantia da justiça ambiental sob esse viés, é possível trazer alguns questionamentos sobre a segurança da legislação ambiental. O fato é que, por melhor assegurado em lei que determinada norma de caráter ambiental seja, a segurança ambiental ainda estará à mercê da ideologia dos julgadores.

O caso do Condomínio Alamoana, em João Pessoa, pode ser paradigmático dessas dificuldades da garantia de direitos apontadas

pelo CLS. O referido empreendimento é um condomínio horizontal localizado na área de preservação permanente (APP) do rio Paraíba, que compreende uma faixa de terra de 500 metros a partir da margem do rio, na Floresta Nacional da Restinga, a chamada Mata do Amém.

Os relatórios administrativos do Ibama indicam que a área do condomínio que estava na faixa de 500 metros que configura a APP foi desmatada pela empresa responsável pelo empreendimento. Mais que isso, a área desmatada serviu para a construção de piscina, quadras de esportes e pavilhão de entretenimento do condomínio, impedindo completamente a regeneração da vegetação desmatada.

Diante do relatório do Ibama que descrevia a situação de desrespeito à proteção ambiental e do decorrente embargo às obras pelo órgão, o Ministério Público instaurou um procedimento administrativo em 2006. Desse procedimento foi afirmado um termo de ajustamento de conduta (TAC) do qual fizeram parte o MPF, o Ibama, a Sudema, a Superintendência do Patrimônio da União (SPU-PB) e a IPI Urbanismo, Construções e Incorporações Ltda., a empresa responsável pelas obras do condomínio.

O referido TAC visava amenizar a questão da invasão do condomínio na área da Floresta Nacional de Cabedelo. No acordo, a empresa tomou responsabilidade sobre uma série de medidas que tentava trazer compensação aos danos causados, eminentemente projetos que se reverteriam para a infraestrutura da Floresta danificada, como inventário da fauna, um projeto arquitetônico etc. Além do TAC, a empresa assinou ainda outro acordo com a SPU-PB, que delimitava a área de construção excluindo a APP, de modo a não causar mais danos.

No entanto, ambos os acordos foram desrespeitados pelos empresários, o que acarretou o ajuizamento, em 2010, da Ação Civil Pública n. 0004384-19.2010.4.05.8200, pedindo a condenação dos réus em R\$ 2 milhões por dano ambiental. A 1ª Vara da Justiça Federal concedeu liminar, impedindo qualquer obra dentro do condomínio. Interessante perceber, aqui, dois trechos da referida decisão:

[...] permitir o livre prosseguimento das obras do condomínio, antes de uma solução final, não se afigura vantajoso para o empreendedor, porque as relações comerciais tendem a se aprofundar, sendo muito mais difícil retrocedê-las, em caso de resultado final desfavorável, além do que a própria recuperação do meio-ambiente pode se tornar muito mais onerosa.

E, mais adiante:

[...] a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem fortemente se inclinado pela primazia da proteção ambiental, mesmo em face de obras de grande porte e que já tenham sido até concluídas.

O primeiro trecho citado é indicativo da teoria da hierarquização do CLS, na medida em que é possível perceber a preocupação do magistrado com as consequências das construções, não para o meio ambiente, mas para o empresário. O que o movimento dos *crits* ensina é que os juízes são elevados na hierarquia social, de modo que encontram mais coincidências ideológicas com empresários e outras camadas sociais em patamar hierárquico superior do homem comum. Assim, a percepção de que o juiz, nesse caso, preocupa-se com eventuais prejuízos sofridos pelos empresários na eventualidade de uma condenação das obras pode ser explicada pelo CLS: a ideologia do magistrado aparece aqui como uma ideologia similar e compatível com os interesses do empresário-réu.

Da mesma forma, o segundo trecho citado tem relevância para a proposta aqui trazida, conquanto, em 2012, funcionários da Floresta de Cabedelo constataram que o condomínio retirou ilegalmente, mais uma vez, a vegetação de floresta no entorno do empreendimento. Foram, então, lavrados mais dois autos de infração relativos às áreas de vegetação retirada e estipuladas novas multas no valor de R\$ 107 mil.

Porém, contrariando toda a legislação posta no ordenamento no sentido de garantir justiça ambiental, o condomínio continua permitido pelo Judiciário. A própria liminar que suspende o direito de construir no local garante que o entendimento do Judiciário, através do STJ, em casos dessa natureza é o de garantir proteção ambiental e ordenar a demolição das obras

irregulares, como colocado no segundo trecho da jurisprudência do condomínio Alamoana.

Assim, o que se tem aqui é uma construção em absoluta incompatibilidade com a garantia de proteção do meio ambiente que, contrariando a lógica do direito, continua permitida. Não veio ainda nenhuma decisão definitiva do Poder Judiciário no sentido de garantir justiça e ordenar o fim do empreendimento.

Tomando, então, os ensinamentos do CLS, é possível concluir que a falta de interesse do Judiciário em garantir a justiça ambiental nesse caso concreto pode ser interpretada como a exteriorização da ideologia de que o empreendimento comercial se sobrepõe à proteção do meio ambiente, que também é compatível com a ideia de que a ideologia de classe dos magistrados tem profunda identidade com a dos empresários.

Dando um passo mais para trás, é possível também questionar como um empreendimento com essa nocividade à área de preservação pôde ser autorizado em primeiro lugar? A obra foi aprovada pela prefeitura e, mesmo que não se trate de juízes propriamente nesse caso, houve um julgamento de valor em âmbito administrativo da Prefeitura que autorizou a iniciação das construções. Esses julgadores administrativos também usam de seu poder de decisão para afirmar suas ideologias pessoais. Assim, a própria autorização para a construção do condomínio é uma afirmação do CLS.

Resta ainda dizer que, mesmo com a vigência da liminar que proíbe novas construções no local, a empresa continua com as vendas dos lotes residenciais como se não houvesse nenhum impedimento para sua colocação naquele local.

Mas o que causa mais desconforto é a passividade do judiciário que não fala em demolição da construção, como se verifica em outras decisões de mesma natureza. Já foram constatados diversos atos de degradação de áreas de preservação permanente em oportunidades diferentes, como demonstrado nos autos de infração do Ibama. A garantia de justiça ambiental se efetiva com a demolição das construções, como corroborado na legislação nacional, de modo que a área possa recuperar-se dos danos

e se desenvolver novamente. No entanto, ao que parece, a ideologia pessoal dos julgadores em questão sugere entrar em conflito com a justiça ambiental, impedindo sua concretização.

A decisão judicial pode ser uma arma na garantia da justiça ambiental, na medida em que, tomando os ensinamentos do CLS, a decisão judicial é uma decisão pessoal fundamentada em direito. Desse modo, um Judiciário proativo e crente nas premissas ambientais pode ser mais eficiente que qualquer legislação protetiva. O que se vê nesse caso em concreto é a confirmação dessa ideia. A passividade dos magistrados garante a concretização de uma injustiça ambiental, quando se permite, por anos a fio, uma construção com nocividade dessa natureza.

Desse modo, a garantia da justiça ambiental nos moldes do CLS depende de um magistrado que tenha para si a proteção ambiental como algo necessário. É a ideologia pessoal do juiz que acredita que deve haver garantia do meio ambiente que efetiva a justiça ambiental. Da mesma forma, se o magistrado não possui ideologia nesse sentido, a justiça ambiental está fadada ao insucesso no caso concreto.

O juiz tem o poder de concretizar a feitura de justiça no caso concreto. Tomando o CLS como paradigma, a decisão judicial é uma decisão de caráter pessoal que usa a legislação para lhe dar respaldo. Assim, a efetivação da justiça ambiental depende dos contornos que o magistrado dá para o caso concreto. Usando de sua própria consciência ao permitir que sua ideologia aflore na sentença, o magistrado tem o condão de garantir justiça ambiental. Da mesma forma, se sua ideologia pessoal não é condizente com a proteção do meio ambiente no caso concreto, essa garantia está seriamente prejudicada.

5 CONCLUSÃO

Nesses termos, considerando os mecanismos dispostos na legislação para se garantir justiça ambiental e fazendo a dicotomia com o CLS, que ensina que a decisão judicial é uma decisão fundamentada na ideologia pessoal do julgador, têm-se as dificuldades de concretização da proteção ambiental.

No caso analisado como paradigma, constata-se que uma atuação frouxa do Judiciário, mesmo diante de provas irrefutáveis que corroboram uma condenação e uma possível ordem de demolição do empreendimento construído em área de preservação, é suficiente para garantir injustiça ambiental. É possível, então, concluir que a ideologia desse julgador, como ideologia de classe, é compatível com a dos empresários responsáveis pelo empreendimento deturpador das regras ambientais. E, ademais, a ideologia desse magistrado, revelada através da placidez de sua atuação, é contrária à garantia da justiça ambiental, ao menos nesse caso específico.

Nesse sentido, é inevitável concluir que a hipótese inicial de que os ensinamentos do CLS acerca de encontrar a ideologia que condiciona a decisão judicial vão explicar as decisões judiciais que se esquivam de garantir justiça ambiental está confirmada. A concretização da justiça ambiental depende de um fator particular: da vontade do magistrado. Assim, se a ideologia desse julgador não o leva a agir no sentido de garantir justiça, ela não acontecerá, pois sua ideologia o condiciona a se comportar contrariamente.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean *et al.* (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARDOZO, Benjamin. *The nature of judicial process*. New York: Dover, 2005.
- CASTILHO, Adriana Guedes de. *Entre a justiça e a injustiça ambiental: atuação do poder judiciário nos conflitos ambientais*. 2012, 114f. Dissertação (Mestrado)–Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012.
- FREITAS, Lorena de Melo. *O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito*.

Recife: o autor, 2009.

GODOY, Arnaldo. O *critical legal studies movement* de Roberto Mangabeira Unger. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

_____. *O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/kennedy.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

PACHECO, Tânia [Blog]. Combate racismo ambiental. Globo ecologia: entenda a importância do trabalho da rede brasileira de justiça ambiental. 10.07.2012. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/tag/rede-brasileira-de-justica-ambiental/>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

JAMES, William. *Pragmatism's conceptions of truth*. New York: Dover Publications, 1986.

KENNEDY, Duncan. *A critique to adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. *La critica de los derechos em los Critical Legal Sudies*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito. *Anais... II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPB*. Recife, 2011.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. A gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo, 2009.

UNGER, Roberto M. *The Critical Legal Studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

CONJECTURA SISTÊMICA: OS JOGOS DE PODER NA FEDERAÇÃO RESILIENTE

Marcio Pugliesiⁱ
Nuria Lópezⁱⁱ
Luciano Del Monacoⁱⁱⁱ

Sumário: 1 Introdução. 2 Atmosfera semântica: vontade e decisão. 3 Jogos de poder: faça a sua aposta. 4 A federação em conflito: resiliência. 4.1 PEC-33 e *royalties* do pré-sal: análise de casos. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo parte da perspectiva das relações institucionais como um sistema dinâmico complexo, composto pelas ações de cada um dos sujeitos envolvidos, em que, portanto, os conflitos podem ser compreendidos como jogos de poder (Pugliesi). Muitos dos lances desses jogos consistem em tomadas de decisão institucional acerca do significado pragmático de normas jurídicas, como nos casos brasileiros analisados, da PEC-33 e dos *royalties* do pré-sal. O impacto dos lances nesse jogo sistêmico de poder é

ⁱ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); email: mpugliesi@hotmail.com.

ⁱⁱ Doutoranda e Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bolsista do CNPQ (PUC-SP); email: nuria.lcs@gmail.com.

ⁱⁱⁱ Graduando em Direito pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); email: lucianomonaco@gmail.com.

analisado a partir da tese de Bednar, ampliada da perspectiva federativa para a institucional, de forma a compreender a dinâmica sistêmica dentro de um design resiliente.

Palavras-chave: Instituições. Teoria dos Jogos. Sistema.

Abstract

This paper has its start point from the perspective of institutional relations as an complex dynamic system, composed by the actions of each one of the subjects involved, in which, therefore, the conflicts could be understood as power games (Pugliesi). Many of the moves of these games consist in institutional decision making on the pragmatic meaning of legal norms, such as in the Brazilian cases analyzed of PEC-33 and the pré-sal *royalties*. The impact of these moves in this systemic game of power is analyzed from Bednar's thesis, extended from the federative perspective to an institutional one, in matter to comprehend the systemic dynamics in a resilient design.

Keywords: Institutions. Game Theory. System.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os muitos conflitos institucionais possíveis em uma federação, alguns deles implicam escolha e imposição aos demais de um significado pragmático para determinada norma jurídica capaz de alterar as próprias regras do jogo institucional (constitucional). É o caso do conflito deflagrado entre o STF e o Congresso Nacional, acerca da PEC-33 ou ainda dos conflitos entre os entes federativos, como a celeuma envolvendo a divisão dos *royalties* do pré-sal.

Este trabalho propõe a utilização de um novo marco teórico para compreender os conflitos institucionais e precisar em que momentos a alteração da interpretação das normas jurídicas quanto ao *design* institucional podem ser desejáveis ou indicar a destruição da federação como a conhecemos. Evidentemente, não se trata de antever ou prever quaisquer mudanças no quadro institucional, bem como defender este ou aquele modelo - na verdade se trata mais de compreender como a federação em si opera.

Em síntese, ao invés de utilizarmos um marco teórico mais usual, que é o já clássico modelo de divisão dos poderes e competências, no qual a Constituição (e a legislação infraconstitucional) estabelecem previamente o *design* institucional, e a interpretação da norma jurídica é orientada para a manutenção desse modelo - optamos por buscar uma fundação na realidade fática e não em comandos de dever-ser.

Assim sendo, não há de se falar, por esse prisma teórico, sobre interpretações jurídicas “equivocadas” e “corretas”, mas sim as que são aceitas (ou ao menos toleráveis) e as não aceitas dentro de um *design* institucional pelos agentes que possuem capacidade de barganha. Não consideramos a atividade do Judiciário como a “interpretação da lei para fins de cumprir a constituição”, mas sim a “interpretação da lei para fins de cumprir a agenda da instituição e de seus membros”¹.

Dentro dessa abordagem de cunho nitidamente sociológico o objetivo do presente trabalho é compreender dois fenômenos

distintos, a conjectura sistêmica institucional (que abrange desde a formação da vontade da institucional, a sua agenda e seus meios de ação), e os jogos de poder institucionais (como o conflito se desenrola). Para analisar o primeiro ponto utilizaremos o conceito de atmosfera semântica de Pugliesi e o conceito de federação resiliente de Bednar.

2 ATMOSFERA SEMÂNTICA: VONTADE E DECISÃO

Cumpramos primeiro esclarecer que o próprio conceito de atmosfera semântica deriva de uma teoria maior, que é a conjectura sistêmica, que pode ser muito bem compreendida pontuando-se que suas origens remontam à Teoria Geral dos Sistemas (elaborada inicialmente por Bertalanffy²) e a Teoria dos Jogos e da Estratégia (oriunda da obra de Von Neumann e Morgenstern); e, filosoficamente, constitui superação dialética entre consciência e linguagem.

Compreende-se *de plano* que se trata de uma abordagem teórica que se imerge no conceito de complexidade; logo, é bem evidente que para nós as instituições (Judiciário, estados, autarquias etc.) são tudo menos divisões estanques do poder Estatal em vista de realizar melhor a função previamente definida na legislação, são, antes de mais nada, sujeitos.

Pode-se compreender, com base na “conjectura sistêmica” desenvolvida (Pugliesi, 2013, parte 2 - “Conjectura”, capítulo 3) cada instituição como uma rede de atmosferas semânticas que é constituída pela atmosfera semântica de cada indivíduo que a compõe, e que ocupam posições distintas nela, ao mesmo tempo em que existe uma atmosfera semântica institucional, da própria instituição. A existência desses dois conjuntos de atmosferas (as individuais e a institucional) deriva

da existência de falhas de comunicação e sinergia dentro da instituição. Um indivíduo não é capaz de plasmar sua atmosfera para a instituição, nem a instituição é capaz de se sobrepor à atmosfera do indivíduo - e essa é uma constatação da própria realidade fática, motivada pela existência do fenômeno que se chama de “ruído”³ em qualquer processo de comunicação. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o “ruído” é o que impede a comunicação totalmente eficiente (na qual os interlocutores compreendem perfeitamente a mensagem transmitida, sem perdas); logo; sempre existirá um mínimo de divergência entre os interlocutores.

De forma que a tomada de decisão institucional pela construção de determinado significado pragmático para a norma jurídica é uma tomada de decisão dos indivíduos com competência institucional para tanto uma tomada de decisão da instituição em si e calcada por uma agenda, que também engloba interesses particulares e institucionais, haja vista que a composição do sujeito enquanto atmosfera semântica não comporta tais cortes epistemológicos.

Até o momento é possível a existência de certa confusão no que refere à possibilidade de uma atuação conjunta de duas atmosferas (as individuais e as institucionais), sob o mesmo objeto e ao mesmo tempo.

É nesse ponto que se faz útil aprofundar o conceito de atmosfera semântica, que por ser um conceito complexo (que depende de outros conceitos), pode ser definido como:

O conflito é uma condição inerente ao ser humano e as diferenças decorrentes dos distintos estados de conhecimento dos sujeitos em comunicação mantêm um permanente estado conflitivo. Entende-se por estado de conhecimento: uma cosmovisão em um determinado instante da sucessão temporal constitutiva dos estados de um dado sujeito, isto é, um corte no quase-contínuo chamado sujeito que, sob o ponto de vista da posição gnoseológica orientadora deste trabalho, poderá ser representado por um conjunto de informações; dados

¹ Em síntese, colocamos contrários a qualquer interpretação teleológica ou finalística da federação e das normas constitucionais (e infraconstitucionais). Diferentemente do exposto, por exemplo, por John Rawls, em “Uma teoria da Justiça”, não pressupomos a prefixação de conceitos aptos a explicar e dar sentido a interpretações jurídicas, como também não admitimos a existência de uma finalidade última a ser alcançada, como a “justiça”, no caso de Rawls.

² Ver, a respeito, “Teoria Geral dos Sistemas”, de Ludwig Von Bertalanffy, especialmente os capítulos 1 e 3.

³ Para uma melhor definição de ruído, ver a obra de Ashby Ross, intitulada “An Introduction to Cybernetics”, p.186-187. Oportuno reafirmar que o “ruído” não é inerentemente diferente da comunicação que se pretende realizar; trata-se de uma “valoração” do comunicante (e do ouvinte) que valoriza, com base em seus valores (sua atmosfera semântica), como agir diante dessa comunicação.

desestruturados; ideologias; pulsões inconscientes, teorias assumidas e pressupostas; expectativas e temores; desejos formulados etc. ou, para se empregar uma metáfora: uma atmosfera semântica com sua respectiva poluição, também semântica. À medida que o tempo flui, o estado de conhecimento se modifica e, em consequência, o sujeito. Não se esquecendo que, por vezes, até por questões metodológicas, o sujeito pode constituir-se, para si mesmo, em alteridade [grifos nossos].⁴

Diversos aspectos devem ser destacados do trecho citado, comecemos com o principal: a atmosfera semântica é um conjunto de informações, informações essas que derivam do conhecimento do mundo do sujeito (visão que o sujeito possui sobre o mundo em determinado instante) - assim sendo, o sujeito é a atmosfera semântica, pois esta o representa como uma totalidade. Acreditamos que essa conceituação se coaduna precisamente com o quadro de complexidade estrutural da sociedade contemporânea. Caso estivéssemos tratando de uma instituição, poderíamos elencar, dentro desse conjunto de informações, outros dados, tais como a história da instituição, sua tradição, tendência (de formação e de classe social, por exemplo) de seus membros, influência política, e outros.

Ainda não resolvemos a questão da atuação conjunta de duas atmosferas semânticas, e para solucionarmos essa dúvida é que salientamos que a atmosfera é semântica, assim como sua respectiva poluição. Expliquemos. Primeiramente, utiliza-se o vocábulo “atmosfera” precisamente para demonstrar que não são núcleos inteiros, ou seja, não existem choques de atmosferas semânticas, mas sim uma interação mútua, superposição, entre duas (ou mais) atmosferas semânticas - a “intersecção” é exatamente isso - parcela de uma atmosfera⁵ que está em contato (dentro) de outra atmosfera, vista pela ótica de outra atmosfera.

A distinção entre atmosfera semântica e poluição advém de uma distinção conceitual. A poluição é o “meio” (no qual o sujeito se insere), isso quando temos como referência a atmosfera como “sistema”. O sujeito vê a si mesmo (sua própria atmosfera semântica) como atmosfera, e todo o influxo exterior (de outras atmosferas semânticas, enquanto parte do meio), como poluição que está “contaminando-o”⁶. Poluição essa que tende a alterar a composição de sua própria atmosfera, e, de certa forma, alterar o próprio sujeito:

O sujeito age, a partir das regras do jogo e de seu conhecimento das circunstâncias, corrige sua ação e busca conferir os efeitos da atuação sobre o sistema (subconjunto do mundo, entendido como sua atmosfera semântica e a respectiva poluição) e o meio, a totalidade das aspecções possíveis a ele, e então, por assim dizer, retroage, isto é, realimenta seu próprio cabedal de informações e refaz, quando possível, a decisão preliminarmente assumida, recompondo sua teoria [grifos nossos].⁷

Restando claros esses conceitos, segue-se a seguinte conclusão: o conflito é uma condição inerente ao ser humano, não no sentido de “conflito” apenas como um conceito meramente opositivo (existência de uma situação e de uma oposição). O conflito é inerente ao convívio do sujeito em sociedade; a vida em sociedade é uma constante interação entre atmosferas semânticas que se “interseccionam” (poluem-se) mutuamente e se alteram, tornando-se assim “novas” atmosferas semânticas, novos sujeitos⁸.

Dessa forma, é evidente a possibilidade de existência, dentro de uma instituição, da atmosfera de cada indivíduo e da atmosfera institucional, e do seu convívio mútuo - pois uma atua sobre a outra e vice-versa, em um constante fluxo de troca de informações. Interessante também salientar que, dependendo de como observado o sujeito, é possível que ele seja, para si mesmo,

⁴ PUGLIESI, Marcio. *Filosofia geral e do direito*. 2013. p. 157-159.

⁵ Não é possível fragmentar ou compartimentar uma atmosfera semântica, o que procuramos explicar ao falar de uma parcela de atmosfera é que nem sempre, e na maioria das vezes isso não acontece, uma atmosfera semântica se conecta (se sobrepõe) a apenas parcela de outra atmosfera, existindo apenas uma pequena área de intersecção (aconselhamos observar essa interação como uma teoria de conjuntos, como um diagrama de Veen, por exemplo).

⁶ Pontue-se que esse é o ponto de vista do sujeito. Ao observarmos o quadro por um viés mais amplo o que vemos é a ocorrência de uma intersecção entre atmosferas semânticas diferentes (indivíduos) e uma poluição (do meio) atuando sobre os sujeitos.

⁷ PUGLIESI, Marcio. *Filosofia geral e do direito*, p. 185-186.

⁸ Trata-se de um “novo” sujeito porque este alterou seu conjunto de informações, sua atmosfera semântica, obviamente não se está a afirmar que esse “novo” sujeito é completamente distinto do anterior, mas possui elementos que o tornam diferente e, por isso, “novo”.

uma alteridade⁹ - uma disputa interna em uma instituição pode chegar até mesmo a romper a unidade da atmosfera institucional, podendo chegar a formar grupos bastante distintos.

Sob o prisma teórico utilizado, a tomada de decisão e a formação de uma agenda perpassam uma cadeia complexa de pontos, que vão desde pontos macroestratégicos (falta de recursos, por exemplo), até idiossincrasias dos indivíduos que detêm a competência para decidir pela instituição.

3 JOGOS DE PODER: FAÇA A SUA APOSTA

O conceito de atmosfera semântica nos fornece um instrumental teórico que permite realizar um procedimento bastante singular, igualar (como estruturas teóricas) instituições e indivíduos, que são passíveis de abordagem como “sujeitos”. Portanto, é teoricamente¹⁰ possível identificar como se dá a influência da atmosfera de um sujeito sobre outro.

Avancemos um passo e nos voltemos a um conflito institucional, no qual é possível vislumbrar de maneira mais clara as atmosferas semânticas (institucionais) em conflito¹¹. O conflito entre as tomadas de decisões das instituições, disputando melhores posições no *design* institucional, pode ter sua análise pautada pela teoria dos jogos – intersecção entre Pugliesi e Bednar, para quem os jogos institucionais implicam desvios de poder que lhe são inerentes e até desejáveis para alterações da estrutura federativa. A federação é resiliente. Seu *design* suporta que os lances desses jogadores institucionais alterem sua

própria posição, o que até certo ponto pode ser considerado uma *evolução sistêmica*¹². Para tanto são necessárias salvaguardas (*safeguards*) institucionais – judiciárias e políticas; a possibilidade de retaliação intergovernamental; e algumas características estruturais básicas.

A resiliência da federação é uma característica bastante importante que não é tratada nas análises usuais sobre a federação, o “pacto federativo” não é um acordo formalizado em tábuas de lei; é um *design* que deriva das tensões políticas e sociais em *conflito* – logo não se deve esperar a perenidade de um modelo. Ao mesmo tempo em que se espera um mínimo de estabilidade social, motivo pelo qual existem as salvaguardas institucionais, que objetivam bloquear certas mudanças e permitir outras¹³.

A forma pela qual a estrutura se altera, que são os desvios de poder, resulta da própria intersecção mútua entre atmosferas semânticas diferentes, no caso em questão, sobre instituições diferentes¹⁴.

Antes de adentrarmos a Teoria dos Jogos propriamente dita é necessário estabelecer algumas premissas (cortes epistemológicos) que norteiam nossa análise. Primeiramente, todos os conflitos institucionais estão inseridos dentro do escopo do Direito; logo, o conflito é limitado ao racional com respeito a fins, limita-se o aspecto irracional da conduta ao valor utilidade do objetivo, o qual será variável para cada sujeito¹⁵.

Restando delimitadas as premissas, tratemos da Teoria dos Jogos. No campo dos conflitos institucionais, o fato de dois sujeitos opostos possuírem o mesmo objetivo não impede que seja possível uma cooperação; assim sendo, os

⁹ O indivíduo passa a ser, dessa forma, “eu” e “outro”. É “eu” na medida em que visto de sua atmosfera individual, mas é “outro” enquanto membro de uma instituição, subordinado a suas regras. De certa forma é possível expandir essa conclusão, porém, em síntese, deve-se reforçar a existência desse descompasso entre o sujeito enquanto “eu” e enquanto “outro”.

¹⁰ Toda ênfase deve ser dada ao “teoricamente” da sentença, pois embora os influxos estejam no mesmo patamar, informações que afetam o estado de conhecimento do sujeito, não é possível determinar de maneira objetiva como uma atmosfera polui outra e qual a intensidade dessa poluição, bem como efeitos a serem esperados (sabe-se que existe a possibilidade de mudança, mas como ela ocorrerá e em qual nível, isso não é possível antever).

¹¹ Essa maior facilidade deriva apenas do fato de que a instituição é um sujeito maior, que causa mais impacto no meio social por propagar de forma mais efetiva sua atmosfera, que é mais reconhecível no meio social do que a de um indivíduo considerado de forma pontual; além disso, é mais fácil reconhecer a agenda de uma instituição pois sua formulação é um processo contínuo, decorrente de conflitos com outras instituições.

¹² BEDNAR, Jenna. *The robust federation - principles of design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

¹³ Um exemplo interessante de salvaguarda institucional que bloqueia e ao mesmo tempo permite mudanças é o próprio Judiciário, que por possuir competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é capaz de bloquear mudanças no *design* federativo e, por meio dessa mesma competência, é capaz de permitir mudanças na estrutura federativa, ao influenciar uma determinada política pública, por exemplo.

¹⁴ Relevante acrescentar que qualquer decisão representa um acréscimo cognitivo de quem decide (e sobre quem a decisão acarreta efeitos), levando-se assim a um processo de interação permanente e de constante reconfiguração de limites e metas a serem atingidos.

¹⁵ É possível falsear essas premissas, contudo tal delimitação é assaz útil para realizar uma precisa explicação da teoria por nós utilizada.

“jogos institucionais” não são os chamados jogos de soma zero (no qual é impossível a negociação por se estar em um quadro de escassez, a vitória de uma das partes implica, impreterivelmente, a derrota da outra). Embora seja possível que na prática se observem alguns jogos de soma zero, não se trata essa de uma regra (no escopo de que tratamos poderia até se dizer que jogos de soma zero se configuram como verdadeiras exceções).

Diante desse quadro, os conflitos se resumem a estratégias de negociação, as quais podem assumir distintas formas. Como regra geral é possível afirmar que as negociações orbitam entre dois polos – o da intimidação e o da barganha – com o intuito último de “fixar as posições não desejadas como sendo as mais favoráveis a obter para a parte contrária, em outras palavras, transformar aquilo que se deseja em a mais vantajosa concessão a ser feita pela parte contrária, de tal modo que, se possível, esta o faça de boa mente”¹⁶.

Não ignoremos a existência de fenômenos que aumentam a complexidade do processo conflitivo, a saber: a simulação e o logro. É um quadro bastante complexo, especialmente se observado no mundo fático, pois a cada ação/omissão de uma das partes em conflito existe a possibilidade de se tratar de um logro/simulação.

Ao considerarmos a existência desse quadro complexo, um jogo no qual as regras se misturam com os objetivos, é evidente que a decisão em si é mais parte da estratégia negocial do que uma decorrência lógica.

Expliquemos: poder-se-ia dizer que a decisão (“vitória” ou “derrota”) é uma decorrência lógica quando delimitada por valores objetivos, por exemplo, o candidato que obter o maior número de votos na eleição é eleito (vence). Agora, esse não é o caso no qual não exista uma decisão correta ou última a ser realizada, por exemplo, realizar ou não um acordo de leniência? Não há, *a priori*, nada que obrigue o sujeito a realizar

tal ato, mas ao fazê-lo (tomar uma decisão que lhe será vantajosa e desvantajosa ao mesmo tempo, tendo ele ponderado esses valores) estará sujeitando-se às consequências da prática, ou da não prática, do ato.

As palavras de Pugliesi sintetizam a explicação exposta até o momento: (Pugliesi, 2013, p. 195):

Mais claramente: sob o ponto de vista de um enfoque negocial do Direito, uma decisão não é verdadeira ou falsa (como, aliás, de modo algum o será), nem correta ou incorreta; uma decisão será conveniente ou inconveniente, pressupondo um quadro situacional (estado de coisas) e os estados de conhecimento, no sentido adotado nesta conjectura, de todos os envolvidos a qualquer título.

Assim, o efetivo poder negocial consistiria em estabelecer, para os eventuais contendores, condições de contorno aptas a fazê-los aceitar a situação mais desejável para quem lhas oferece [grifos nossos]¹⁷.

4 A FEDERAÇÃO EM CONFLITO: RESILIÊNCIA

No tópico anterior procuramos expor como as bases de um conflito, as “regras gerais”¹⁸ de como um conflito (jogo) institucional se desenrola em nível estratégico, ou seja, quais os quadros possíveis de ação em um determinado jogo, bem como algumas premissas (como a racionalidade voltada a fins). No entanto, não se abordou especificamente como esse conflito ocorre na realidade, de quais maneiras é possível ocorrer um conflito institucional na federação, bem como identificar esses conflitos¹⁹.

Um esclarecimento deve ser realizado: o marco teórico desenvolvido por Bednar se volta para o estudo da federação, a dinâmica entre União e estados-membros (considerando

¹⁶ PUGLIESE, Marcio. *Filosofia geral e do direito*, p. 194.

¹⁷ PUGLIESE, Marcio. *Filosofia geral e do direito*, p. 195.

¹⁸ É plenamente possível que esse conjunto seja mais vasto do que ao aqui exposto, o qual trazemos para cumprir os fins deste trabalho, que é a análise de conflitos institucionais dentro da federação resiliente.

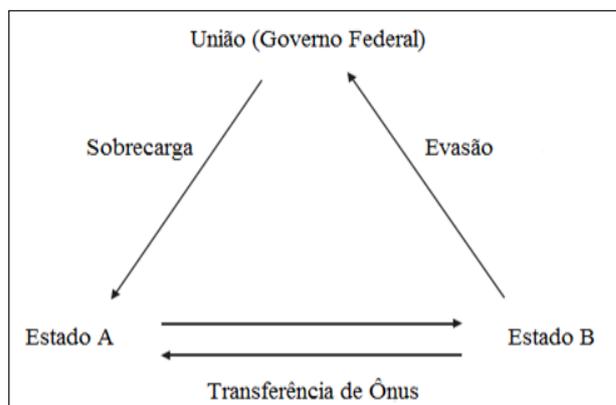
¹⁹ Como já frisamos, o Direito estabelece o regramento federativo e os conflitos ocorrem dentro dessas regras; não são conflitos totais que ignoram completamente as regras estabelecidas (não são casos de conflito armado, por exemplo), mas casos nos quais o conflito se dá nos limites das regras, cada sujeito procura interpretá-las/aplicá-las da maneira mais conveniente aos seus interesses (agenda).

que essa teoria se constrói sobre a experiência estadunidense de federalismo). Ao utilizarmos essa teoria extrapolamos seu campo inicial de construção, expandindo-a para toda e quaisquer instituições (a princípio apenas as relacionadas ao Estado) - por estarem sujeitas aos mesmos fatores que esses sujeitos: (i) possuem atmosferas semânticas; (ii) são jogos de conflitos sujeitos às regras do Direito e (iii) estão inseridos no contexto da federação.

A ideia central do trabalho de Bednar é precisamente o fato de que a federação é resiliente. Importante dizer que resiliência é um conceito emprestado da ciência dos materiais - é uma característica de determinados materiais - que se alteram sem se romper. É, portanto, uma ideia análoga, dizendo que a federação suporta diferentes desenhos, alterados a todo instante, em razão dos jogos de poder institucional.

Dentre os diversos marcos teóricos possíveis sobre a federação, optamos pelo da “federação resiliente”, precisamente porque esse marco teórico permite a análise dos casos concretos específicos de conflitos na federação como jogos de poder, a fim de apontá-los como movimentos sistêmicos que alteram o *design* federativo e podem implicar adaptação a necessidades prementes, resiliente a falhas e choques externos, e capacidade de dissuadir transgressões oportunistas como a evasão [*shirking*] de responsabilidades para outra instituição; transferência de ônus [*shifting (the burden)*]; ou sobrecarga [*encroaching (the burden away)*] de ônus para instituição diversa.

Uma característica bastante interessante desse modelo é que as transgressões oportunistas²⁰ não são elementos desconexos; existe uma intrínseca relação entre cada tipo de transgressão, relacionado a qual ente instituição é mais apto a praticá-lo. Para demonstrar melhor esse quadro apresentamos a figura abaixo²¹:



Como é possível observar, pela própria nomenclatura (sobrecarga; evasão; transferência de ônus) é acentuado o caráter negativo dessas atitudes, tratadas comumente como transgressões a serem combatidas - “patologias” do sistema federativo²². Não é esse o nosso enfoque, muito pelo contrário, as transgressões podem ser benéficas e implicar uma “evolução sistêmica”, mas também podem ser completamente desastrosas para a federação (e conseqüentemente para todo o sistema institucional do Estado). A questão se dá na gradação da transgressão, o quão tolerável ela é:

Opportunism [transgressões] may be blatant or ambiguous. In any society there are examples of opportunism that clearly lie out of bounds, but a significant range of actions exists that are less clear-cut: some within the society would call it opportunism, while others would not. As long as the federation is functioning well, probably the majority of opportunism that does occur lies within this range of ambiguity [grifos nossos].²³

As transgressões podem, se toleráveis (pelas outras instituições), operar como um modificador do estado de equilíbrio do sistema, promovendo um rearranjo de poder entre as instituições.

Esse é o quadro-base da estratégia negocial desses jogos de poder, no qual a transgressão é uma ação voltada a fins, e o conflito é regulado (ou melhor dizendo, mantido sob controle) por

²⁰ Essas transgressões não se equiparam necessariamente à corrupção, é possível que em um ambiente permeado de transgressões institucionais, ao pacto federativo, por exemplo, possua pouco ou nenhuma influência do fenômeno “corrupção”, como em caso de disputas ideológicas entre estados - como ocorreu durante a Guerra dos Farrapos.

²¹ Trata-se da mesma tabela que consta na página 68 da obra de Jenna Bednar, apenas traduzimos os termos (*The robust federation - principles of design*).

²² Pontuando mais uma vez que por federativo também abarcamos o sistema institucional (estatal).

²³ BEDNAR, Jenna. *The robust federation - principles of design*, p. 69.

salvaguardas [*safeguards*] institucionais que evitam que o conflito saia de controle - existe uma transgressão que pode levar a um conflito descontrolado (retaliação intergovernamental), que deve ser evitado ao máximo mediante o emprego de salvaguardas institucionais.

O conceito de retaliação intergovernamental [institucional]²⁴ é bastante relevante para a compreensão desse tipo de jogo. Pelo prisma do Direito, a retaliação intergovernamental é um quadro a ser evitado, e para tanto são construídas regras jurídicas que regulam a situação, de forma que, para o Direito, seria “impossível” existir o conflito - pois se as regras forem obedecidas o sistema permanecerá estável.

No entanto, as regras jurídicas são construídas para as situações “normais”, mas caso ocorra uma situação “excepcional”, que desestabilize o sistema, estará ela fora do Direito, que não previa esse quadro, e logo também não será possível a negociação.

A impossibilidade da negociação é uma consequência direta da inexistência de regras a regular o jogo, sem a existência de regras não há balizas aptas a delimitar as expectativas de cada parte e, conseqüentemente, não é possível “transigir”.

A experiência histórica mostra casos nos quais a retaliação institucional ocorreu justamente quando a situação fática (transgressão) não era prevista pelo Direito e inexistia possibilidade de negociação.

Um caso que vale a pena ser citado é o da ascensão de Adolf Hitler à chancelaria alemã e, posteriormente, a sua dominação absoluta do poder político alemão. Hitler foi nomeado chanceler por Hindenburg (Presidente), de forma legítima e dentro do ordenamento jurídico alemão; o motivo da escolha foi político - Hindenburg pretendia obter o apoio da principal bancada no parlamento - mas a nomeação foi legal.

Com a morte de Hindenburg, a situação era, do ponto de vista jurídico, bastante simples: deveriam ser convocadas novas eleições e o

chanceler (Hitler) governaria. Nesse ínterim, o que ocorreu foi, no entanto, uma quebra de expectativa: Hitler decidiu apossar-se do poder e, ao fazê-lo, agiu de forma claramente ilegal. É nesse aspecto que as regras jurídicas só preveem situações “normais”: a morte de um presidente é algo ao menos factível, mas a possibilidade de que o chanceler realize um golpe de estado é algo “excepcional”.

O que nos interessa desse exemplo é que, dentro desse *design* institucional existia uma regra clara a ser seguida em caso da morte do presidente e, ao se romper com essa ordem, não existe mais solução juridicamente possível, não ocorreu uma mera “evasão” ou “transferência de ônus”, e sim uma transgressão muito mais profunda (um golpe de estado). A República de Weimar era uma federação, a qual possuía resiliência, contudo havia sempre um limite para essa resiliência, o golpe de estado foi superior a essa resistência e terminou por destruir a República de Weimar.

O golpe de estado nazista foi um evento “excepcional” e que não só não foi evitado por nenhum tipo de salvaguarda como também estava além de qualquer possibilidade de negociação. Tratou-se de um caso extremo: a transgressão (o golpe de estado) era intolerável ao governo e não existiam meios jurídicos/políticos de solução do conflito. Esse é um claro caso de jogo de soma zero, existiam dois grupos (nazistas e seus opositores) em conflito sobre a dominação do poder estatal alemão e apenas um deles poderia obtê-la.

A única solução possível nessa hipótese foi a retaliação institucional, ambos os grupos utilizaram a força armada (e estratégica) que detinham e o grupo que possuía maior força se impôs - situação bastante distinta do que ocorreria dentro de um quadro institucional estável, no qual o poder seria disputado em eleições organizadas por regras pré-estabelecidas e conhecidas pelos participantes.

Em síntese, para o bom funcionamento institucional, a retaliação deve ser mantida ao

²⁴ Novamente, o conceito é pensado para funcionar sob um esquema federativo, entre governos distintos; trazemos aqui o conceito em uma maior amplitude.

mínimo possível, contida por salvaguardas, para que se mantenha um quadro regido pelo Direito (que estabelece as regras do jogo) e no qual é possível negociação estratégica. Caso haja algo similar ao ocorrido no exemplo descrito, no qual simplesmente não existem regras do jogo, a única solução possível é retaliação mútua, que pode vir a desencadear um conflito armado - que é exatamente o que não se quer dentro de um Estado.

Restando clara a grande importância das salvaguardas dentro de um *design* institucional, que atuam como reguladores de conflitos - submetendo-os a balizas que abarcam tanto os procedimentos (processo eleitoral, o processo judicial etc...) como os objetivos que podem ser perseguidos por meio desse procedimento (é impossível, no processo eleitoral brasileiro, ser eleito sem ser filiado a partido político, é um objetivo que não pode ser perseguido por esse procedimento).

Em última análise, as salvaguardas são “gatilhos” que reagem à determinada situação fática, mediante uma resposta previamente definida; o que os diferencia é que cada salvaguarda reage a um estímulo específico e provê um tipo de resposta. A título exemplificativo, trazemos o rol de salvaguardas de Bednar para ilustrar essas diversas formas: “In addition to the primitive, fundamental safeguard of intergovernmental retaliation introduced in this chapter; further safeguards may be structural, popular, political, or judicial.”²⁵

A retaliação institucional (intergovernamental) também é uma salvaguarda, mas é uma salvaguarda última, no sentido de que desencadeia as respostas mais agressivas a uma transgressão (como no exemplo histórico citado), mais interessantes e úteis ao quadro institucional são as demais salvaguardas. É possível definir essas outras salvaguardas como:

1. Structural, including fragmentation of the national government and giving the state a voice in national decision making;

2. Popular, when the public regulates the government;
3. Political, the role of the party system to bind together through inter-dependence the officials of the two levels of government, as well as from state to state; and
4. Judicial, where the court serves as umpire of legislative constitutionality [grifos nossos].²⁶

Não é o objetivo deste trabalho abordar cada tipo de salvaguarda, por ora admitimos que essas definições são suficientes.

O que buscamos com a exposição dessas possíveis definições sobre os tipos de salvaguardas é demonstrar a diversidade de salvaguardas possíveis e como cada uma possui um gatilho diferente - mas ressaltando que elas podem entrar em ação concomitantemente, ou seja, que um mesmo fato acione diversas salvaguardas (e que às vezes é possível que o centro do conflito seja decidir qual salvaguarda irá atuar sobre o conflito, quais serão as regras do jogo).

Após o estabelecimento do arcabouço teórico, passemos à aplicação desses conceitos a casos práticos, o que faremos no tópico seguinte.

4.1 PEC-33 e *Royalties* do pré-sal: análise de casos

Nesse tópico, analisaremos dois casos de conflitos institucionais ocorridos no Brasil e ainda não solucionados, ou melhor dizendo, sobre os quais não foi tomada uma decisão com ânimo definitivo, restando ainda discussões em aberto. Convém salientar que se formos rigorosos nenhum conflito se encerra, ele apenas se transforma e passa a fazer parte da atmosfera semântica dos envolvidos (e afetados) e do meio como um todo. Quando esclarecemos que os conflitos que iremos analisar ainda estão em aberto significa que, dentro do *design* institucional (e jurídico) brasileiro atual, não existe uma decisão definitiva dada pelas instituições a quem compete tomar a decisão com esse ânimo - nos casos em questão, o poder Legislativo federal.

Apresentados esses esclarecimentos, é necessário dizer que não nos propomos a realizar um prognóstico ou qualquer tipo de previsão sobre esses conflitos, mas interpretá-los à luz

²⁵ BEDNAR, Jenna. *The robust federation - principles of design*, p. 87.

²⁶ BEDNAR, Jenna. *The robust federation - principles of design*, p. 96.

do arcabouço teórico trazido. Também se deve pontuar que os casos escolhidos para análise são meramente exemplificativos, poderiam ser escolhidos outros, esses foram os escolhidos por tratarem de conflitos institucionais em órbitas diferentes (na PEC-33 é um conflito entre o Judiciário e o Legislativo; no caso dos *royalties* do pré-sal, é um conflito entre estados-membros da federação).

Tratemos primeiro do caso da PEC-33. Em 2011, o Deputado Federal Nazareno Fonteneles apresentou a proposta de emenda à constituição, com a seguinte ementa: Não é o objetivo deste trabalho abordar cada tipo de salvaguarda, por ora admitimos que essas definições são suficientes.

O que buscamos com a exposição dessas possíveis definições sobre os tipos de salvaguardas é demonstrar a diversidade de salvaguardas possíveis e como cada uma possui um gatilho diferente - mas ressaltando que elas podem entrar em ação concomitantemente, ou seja, que um mesmo fato acione diversas salvaguardas (e que às vezes é possível que o centro do conflito seja decidir qual salvaguarda irá atuar sobre o conflito, quais serão as regras do jogo).

Após o estabelecimento do arcabouço teórico, passemos à aplicação desses conceitos a casos práticos, o que faremos no tópico seguinte.

4.1 PEC-33 e *Royalties* do pré-sal: análise de casos

Nesse tópico, analisaremos dois casos de conflitos institucionais ocorridos no Brasil e ainda não solucionados, ou melhor dizendo, sobre os quais não foi tomada uma decisão com ânimo definitivo, restando ainda discussões em aberto. Convém salientar que se formos rigorosos nenhum conflito se encerra, ele apenas se transforma e passa a fazer parte da atmosfera semântica dos envolvidos (e afetados) e do meio como um todo. Quando esclarecemos que os conflitos que iremos analisar ainda estão em aberto significa que, dentro do *design* institucional

(e jurídico) brasileiro atual, não existe uma decisão definitiva dada pelas instituições a quem compete tomar a decisão com esse ânimo - nos casos em questão, o poder Legislativo federal.

Apresentados esses esclarecimentos, é necessário dizer que não nos propomos a realizar um prognóstico ou qualquer tipo de previsão sobre esses conflitos, mas interpretá-los à luz do arcabouço teórico trazido. Também se deve pontuar que os casos escolhidos para análise são meramente exemplificativos, poderiam ser escolhidos outros, esses foram os escolhidos por tratarem de conflitos institucionais em órbitas diferentes (na PEC-33 é um conflito entre o Judiciário e o Legislativo; no caso dos *royalties* do pré-sal, é um conflito entre estados-membros da federação).

Tratemos primeiro do caso da PEC-33. Em 2011, o Deputado Federal Nazareno Fonteneles apresentou a proposta de emenda à constituição, com a seguinte ementa:

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição [grifos nossos].²⁷

Inegável que semelhante emenda, caso aprovada, implicaria perda de poder por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), e pode ser considerada uma contestação direta ao poder da corte, tanto que o Ministro Gilmar Mendes realizou diversas declarações polêmicas à imprensa, como “Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo”²⁸, o que levou à intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski na discussão (à época presidente da corte), declarando que: “Quando os poderes agem dentro de sua esfera de competência, a meu ver, não há o que se falar em retaliação. E muito

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de lei e outras proposições. PEC 33/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

²⁸ Cf. OLIVEIRA, Mariana. Se PEC 33 passar “melhor que se feche o Supremo” diz Gilmar Mendes. *G1 Política*. 25.04.2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

menos crise. Pelo contrário, os poderes estão ativos, funcionando e não há crise nenhuma.”²⁹

Embora o Ministro Lewandowski tenha afastado a possibilidade de se tratar de um caso de retaliação, é essa uma suspeita, informal e não confirmada, que se tem – especialmente por se considerar que em 2011 começou a transitar no STF a Ação Penal 470, que condenou diversos participantes do esquema de corrupção conhecido como “mensalão”, diversos deles associados ao governo, como José Dirceu e José Genoíno. Dessa forma, suspeita-se que existiria uma correlação entre AP-470 e a propositura da PEC-33.

Na análise que realizamos do caso, não é relevante decidir se a suspeita é verdadeira ou não, basta para nós que ela exista – estando assim presente na atmosfera semântica dos envolvidos, o simples fato de que os envolvidos no conflito (vamos polarizar o conflito entre o Legislativo e o Judiciário, mas temos ciência de que a situação, na prática, não é tão bem delimitada) acreditem que se trata de uma retaliação já altera suas estratégias negociais.

Na ótica do Judiciário, o que se vê é uma “transgressão”³⁰ que se propõe a retirar poder do STF; destacamos assim quatro elementos existentes em sua atmosfera semântica: (i) a vontade (agenda) de não ver seu poder reduzido; (ii) a vontade de aumentar seu poder institucional; (iii) a necessidade de se defender da beligerância de outra instituição; (iv) a intuição, mesmo que não confirmada, de que se trata de uma retaliação a um ato regularmente exercido pelo STF (é um universo de informações extremamente amplo, de forma que essa exposição não é exaustiva).

Nessa análise estamos sendo obrigados a realizar simplificações devido ao escopo reduzido desse trabalho. Necessário sempre destacar a influência, na atmosfera do sujeito institucional, da atmosfera dos sujeitos individuais – no caso concreto poderia se dizer que parte do ponto (iv) é composto da intersecção (interação) entre a atmosfera semântica da instituição e a do

Ministro Gilmar Mendes (e de outros ministros, que também demonstraram sua desaprovação à medida, como Joaquim Barbosa). Observa-se que a análise completa do caso demandaria um estudo mais aprofundado a ser realizado posteriormente, se conveniente.

De que forma essa configuração da atmosfera do Judiciário impacta no jogo de poder? De diversas formas, mais precisamente no referente às estratégias negociais. Na situação descrita já estamos em uma hipótese de retaliação institucional (intergovernamental), pelo fato de que é um conflito entre os titulares de duas salvaguardas distintas (a política e a judicial), de forma que não é possível a utilização dessas duas salvaguardas para a resolução desse conflito, em particular.

A única forma de evitar essa retaliação é a utilização de outras salvaguardas, como a popular, ou a negociação direta – exatamente o que o Ministro Lewandowski está fazendo ao apaziguar a discussão, evitando a intensificação do conflito, mantendo-o em um patamar no qual é possível a negociação entre o Judiciário e o Legislativo. Obviamente a estratégia de cada ministro é diferente, mas, como um conjunto, é possível identificar duas tendências: a de se pronunciar publicamente contra a PEC-33, pressionando o Legislativo e procurando trazer a opinião pública a seu favor e a de amenizar a situação procurando negociar – após já ter demonstrado (pela imprensa) sua não concordância e sua capacidade de resistir a essa mudança.

Observe-se que se trata de uma estratégia muito diferente da empregada em um clima ameno no qual inexistissem tensões entre o Judiciário e o STF, como na maioria das vezes em que o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei ou emenda. Em uma situação “normal”, o STF aguardaria a promulgação da lei e o questionamento de sua constitucionalidade, para depois decidir se a declara ou não inconstitucional – não iria agir como o fez nesse caso, de maneira preventiva, antecipando-se à promulgação

²⁹ Cf. OLIVEIRA, Mariana. Não há crise entre Congresso e Supremo, diz Lewandowski. *G1 Política*. 25.04.2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/nao-ha-crise-entre-congresso-e-supremo-diz-lewandowski.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

³⁰ Lembrando, aqui, que a transgressão não é necessariamente alheia ao Direito, pode ser muito bem a utilização de ferramentas jurídicas para a obtenção de uma finalidade própria, pessoal ou institucional.

da emenda (que pode nem vir a ser aprovada pelo Congresso Nacional e/ou sancionada pelo Presidente da República).

Nosso intuito com a análise desse caso é fornecer uma visão mais detalhada dos elementos que compõem o conflito (jogo de poder) e como a presença de diferentes aspectos na atmosfera semântica dos envolvidos pode impactar nas estratégias negociais das partes. Embora o foco tenha sido no Judiciário, o mesmo poderia ser feito para o Legislativo. Optamos pelo Judiciário por ser o STF uma instituição mais coesa (com menor número de sujeitos envolvidos no processo de tomada de decisão e negociação) de forma a facilitar a compreensão.

Tendo-se dito o suficiente sobre o caso da PEC-33, passemos à análise do outro caso à mão, referente à divisão dos *royalties* do petróleo extraído na camada do pré-sal.

Em 2007, o governo federal tornou pública a informação que fora encontrado petróleo em área marítima, na camada que se chamou de “pré-sal”. Tratava-se da descoberta de grandes reservas petrolíferas, mas localizadas em profundidade muito superior (cerca de 7.000 metros) ao comumente explorado (que gira na casa dos 4.000 metros) e não existia tecnologia suficiente para realizar a exploração, o que demandaria investimentos no setor.

O fato é que as reversas encontradas se encontram em área que abrange a costa de três estados diferentes: São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo – e a discussão passou a orbitar exatamente ao redor deste fato, pois os estados recebem parcela dos lucros advindos do petróleo. Contudo, no caso concreto, a projeção do volume de petróleo a ser extraído é bastante alta, a ponto de motivar os estados não produtores a se organizarem para redistribuir o lucro, alterando a legislação que estabelece a divisão dos *royalties* do petróleo.

O conflito se tornou, dessa forma, uma disputa no Congresso Nacional entre os estados

produtores e os não produtores, cada qual tentando angariar para si maior parcela possível dos lucros do petróleo. Diferentemente do caso da PEC-33, não estamos em quadro de conflito entre o Judiciário e o Legislativo, mas entre os estados-membros da federação, que utilizam todas as ferramentas possíveis para atingir a sua agenda.

Depois de longa discussão no Congresso Nacional foi aprovada e sancionada legislação que beneficiaria os estados não produtores, garantindo-lhes maior parcela dos lucros que o previsto inicialmente (embora em proporção inferior aos estados produtores). A reação foi imediata. No dia seguinte à sanção, os governadores dos três estados produtores (São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo) ingressaram com medidas judiciais no STF³¹ e uma dessas medidas, liminar proposta pelo estado do Rio de Janeiro para suspender a eficácia da lei, foi aprovada pela Ministra Carmen Lúcia³².

O mérito dessas medidas ainda não foi analisado pelo STF.

Nesse caso, a atmosfera semântica dos sujeitos em questão pode ser simplificada a uma questão meramente financeira (não que este ponto não seja complexo por si só, mas não existe a conjunção de diversos fatores) - de forma que os estados-membros procuram maximizar os lucros possíveis desse evento (extração de petróleo da camada do pré-sal). A posição adotada pelos estados produtores é a mais radical possível, a de tentar centralizar todos os lucros sem dividir com outros estados, o que torna o conflito um jogo de soma zero.

No entanto, o mais interessante desse conflito são as arenas de disputa, as salvaguardas utilizadas. Como se trata de um conflito entre estados da federação, que possuem igual posição hierárquica (em nível formal), não haveria, a princípio, nenhum mecanismo que impulsionasse as partes à negociação: logo, a única saída possível seria a retaliação interinstitucional (neste caso,

³¹ Cf. CANÊDO, Felipe. Três estados recorrem ao STF contra partilha dos royalties do pré-sal. *EM.Com.* 16.03.2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/03/16/interna_politica,357916/tres-estados-recorrem-ao-stf-contr-partilha-dos-royalties-do-pre-sal.shtml>. Acesso em: 20 ago. 2013.

³² Cf. OTTA, Lu Aiko. Decisão do STF não altera leilões do pré-sal diz MME. *Agência Estado.* 19.03.2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,decisao-do-stf-nao-altera-leiloes-do-pre-sal-diz-mme,147676,0.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

intergovernamental).

As salvaguardas institucionais aparecem exatamente para romper esse quadro e forçar a negociação – no caso específico foram duas salvaguardas: a política e a judicial. A primeira arena desse conflito foi o Congresso Nacional³³, em especial no Senado, onde se observou uma conjugação de forças entre os estados-produtores com vistas a fortalecer sua posição nas negociações com outros estados, sobretudo em relação a estados com economia menos desenvolvida. Os estados produtores perderam nessa rodada de negociações e deflagraram outra negociação, em arena distinta, a da Presidência da República (saiu do âmbito do Legislativo e migrou para o do Executivo), tentando convencer a presidente a vetar a lei aprovada no Congresso.

O resultado final foi que a lei foi sancionada pela presidente sem vetos, restando derrotados os estados produtores dentro das arenas possíveis da salvaguarda política. Contudo, existe uma terceira arena possível, que é o poder Judiciário (já no âmbito de outro tipo de salvaguarda), na qual se obteve um relativo sucesso, com o deferimento de uma liminar que suspende os efeitos da lei, obviamente é um sucesso precário – afinal poderá ser revisto a qualquer momento e ser alterado na oportunidade de julgamento do mérito da ação.

5 CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente trabalho é o de propor a utilização de um novo marco teórico para a análise das instituições (o que abrange também a federação), precisamente pelo fato de possuir um arcabouço teórico mais complexo que permita a compreensão e a análise de fenômenos que são tratados apenas como meras “patologias” pela ótica do estudo usual sobre federalismo e divisão de poderes e competências.

Cada caso apresentado serviu a um propósito específico de demonstrar, em aplicação empírica, parte dos conceitos desenvolvidos durante esse trabalho. No primeiro caso apresentado

realizamos a investigação de elementos que compõem a atmosfera semântica de um dos envolvidos no conflito e como isso altera as estratégias negociais empregadas. No segundo caso tratamos com maior vagar sobre as salvaguardas institucionais e seu papel na delimitação do conflito, que é o de formar (organizar) as arenas nas quais se desenrolarão as rodadas de negociação - negociações estas que possuem estratégias negociais desenvolvidas pelos sujeitos, dentro das balizas delimitadas pelas salvaguardas institucionais, a partir de sua atmosfera semântica e da intersecção entre a atmosfera semântica das instituições e a dos indivíduos (ambos enquadráveis na classificação de sujeitos) sujeitas à poluição do meio.

A questão mais relevante é que os casos que trouxemos não se referem a problemas da realidade fática, a qual, aliás, não tem problemas – ela simplesmente é. O ponto de quebra é que a teoria não é capaz de compreender o fenômeno, buscando reduzi-lo em complexidade para fazê-lo “caber” na teoria. O que muitas vezes se classifica como “anômalo e patológico” são, na verdade, fatos comuns da vida cotidiana dos sujeitos (sejam as instituições, sejam os indivíduos que as compõem).

De forma que não é adequado estabelecer como “correto” um quadro fático que simplesmente não se observa – existe aqui uma grande falha da teoria. Pode-se dizer que estamos diante de um quadro no qual se tenta fazer o mesmo que os físicos no começo do século XX: aplicar a mecânica newtoniana (clássica) para explicar interações nos níveis atômico e subatômico, ou seja, tentar aplicar uma teoria inadequada ao fenômeno que se tenta observar.

Por fim, também devemos ressaltar o fato de que aceitamos a complexidade do mundo e que, apesar de algumas simplificações realizadas (como aceitação das ações como racionais voltadas a fins), o cerne da contribuição reside em associar a compreensão de dois elementos diferentes: o sujeito (com a compreensão de sua atmosfera semântica) e a negociação (como jogo de poder) – no qual estes dois elementos exercem

³³ Pelo fato de que uma das casas, o Senado, é composto por representantes dos estados-membros (três senadores por estado).

interação mútua.

Afastamo-nos assim da dimensão “normativa”, o centro da dimensão jurídica não deve ser a norma, e também da dimensão “valorativa”, os valores também não são o centro da investigação, pois variam de indivíduo para indivíduo e é contraproducente estabelecer premissas valorativas aprioristicamente. Chegamos, por fim, a uma dimensão “descritiva”, que procura compreender o fenômeno relacional (que abrange a interação institucional) como uma teoria da ação.

Em síntese, muito mais que obtermos uma resposta sobre como estudar o objeto, procuramos deixar de maneira clara a existência de complexidades na realidade fática que só são identificáveis dentro do arcabouço teórico utilizado; logo, qualquer abordagem que ignorar essas características será incompleta e fadada à incompletude.

O grande objetivo, o qual não tratamos aqui por ser de um escopo maior e incompatível com o meio utilizado, é entender como se dão os processos de interação e se é possível mensurar e prever de alguma forma comportamentos futuros, bem como reflexos na ordem jurídica positiva. É um objetivo deveras ambicioso e bastante difícil, mas pensamos que é melhor tentar expandir nossa compreensão dos fenômenos que nos cercam do que simplesmente tentarmos reduzir a complexidade desses fenômenos para que eles possam “caber” nas nossas teorias.

REFERÊNCIAS

ASHBY, William Ross. *An introduction to cybernetics*. Londres: Chapman & Hall LTD, 1956.

BEDNAR, Jenna. *The robust federation - principles of design*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009.

_____. The dialogic theory of judicial review: A new social science research agenda. *George Washington Law Review*. 78, v. 5, p. 1.178-1.190, 2010.

_____. Subsidiarity and robustness: building the adaptive efficiency of federal systems. *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*. NYU Press, 2013.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de lei e outras proposições. *PEC 33/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

CANÊDO, Felipe. Três estados recorrem ao STF contra partilha dos royalties do pré-sal. *EM.Com*. 16.03.2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/03/16/interna_politica,357916/tres-estados-recorrem-ao-stf-contrapartilha-dos-royalties-do-pre-sal.shtml>. Acesso em: 20 ago. 2013.

OLIVEIRA, Mariana. Não há crise entre Congresso e Supremo, diz Lewandowski. *G1 Política*. 25.04.2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/nao-ha-crise-entre-congresso-e-supremo-diz-lewandowski.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Se PEC 33 passar “melhor que se feche o Supremo” diz Gilmar Mendes. *G1 Política*. 25.04.2013. Disponível em: <<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

OTTA, Lu Aiko. Decisão do STF não altera leilões do pré-sal diz MME. *Agência Estado*. 19.03.2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,decisao-do-stf-nao-altera-leiloes-do-pre-sal-diz-mme,147676,0.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

_____. *Filosofia geral e do direito*. 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo:

Martins Fontes, 2000.