

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril—agosto de 2016

## **ARTIGOS // ARTICLES**

CARLOS BERNAL PULIDO, DOUGLAS ELMAUER, FÁBIO  
PORTELA LOPES DE ALMEIDA, RAFFAELE DE GIORGI,  
JOISA DUTRA, PATRÍCIA SAMPAIO, LÍVIA AMORIM



UnB



DIREITO

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

revista vinculada ao programa de pós-graduação  
em Direito da Universidade de Brasília

abril – agosto de 2016, volume 2, número 2

---

#### **CORPO EDITORIAL**

##### **EDITOR-CHEFE**

**Juliano Zaiden Benvindo** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES**

**Alexandre Veronese** Universidade de Brasília, Brasil

**George Rodrigo Bandeira Galindo** Universidade de Brasília, Brasil

**Marcelo Neves** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES ASSOCIADOS**

**Ana Lúcia Sabadell** Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

**Ángel Oquendo** Universidade de Connecticut, Estados Unidos

**Emilios Christodoulidis** Universidade de Glasgow, Escócia

**José Octávio Serra Van-Dúnem** Universidade Agostinho Neto, Angola

**Kimmo Nuotio** Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

**Leonel Severo Rocha** Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

**Masayuski Murayama** Universidade Meiji, Japão

**René Fernando Urueña Hernandez** Universidad de Los Andes, Colômbia

**Miguel Nogueira de Brito** Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

**Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí, Brasil

**Paulo Weyl** Universidade Federal do Pará, Brasil

**Thomas Vesting** Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

**Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo, Brasil

##### **SECRETÁRIAS EXECUTIVAS**

**Nathaly Mancilla Órdenes e Ana Carolina Couto**

##### **EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO**

**Luciana Fernandes Coelho e Maria Celina Monteiro Gordilho**

##### **PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO**

**André Maya Monteiro**

**Esteban Pinilla**

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



UnB



DIREITO



# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



UnB



DIREITO



<b>NOTA EDITORIAL // EDITORIAL</b>	<b>06–09</b>
<b>ARTIGOS // ARTICLES</b>	<b>10–159</b>
<b>SOCIEDADE GLOBAL E FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: OS NOVOS DESAFIOS PARA O CONSTITUCIONALISMO MODERNO</b> // GLOBAL SOCIETY AND CONSTITUTIONAL FRAGMENTATION: THE NEW CHALLENGES TO THE MODERN CONSTITUTIONALISM Douglas Elmauer	<b>11–43</b>
<b>SILÊNCIOS ELOQUENTES NA ADPF Nº 186: O STF DE FATO JULGOU A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS?</b> // LOUD SILENCES ON THE ADPF 186 CASE: DID THE FEDERAL SUPREME COURT REALLY EXAMINE THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF RACIAL QUOTAS? Fábio Portela Lopes de Almeida	<b>44–76</b>
<b>O TRANSPLANTE DA ANÁLISE DE CONTEXTO PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL NO DIREITO INTERNO COLOMBIANO</b> // THE TRANSPLANTATION OF CONTEXT ANALYSIS FOR THE CRIMINAL LAW INVESTIGATION IN COLOMBIA'S DOMESTIC LAW Carlos Bernal Pulido	<b>77–102</b>
<b>A INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS</b> // A SOCIOLOGICAL INVESTIGATION OF LAW IN SYSTEM THEORY Raffaele De Giorgi	<b>103–119</b>
<b>ASPECTOS REGULATÓRIOS E DESAFIOS DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA: CONTROVÉRSIAS E DESENVOLVIMENTOS RECENTES</b> // PUBLIC LIGHTNING'S REGULATORY ASPECTS AND CHALLENGES: RECENT CONTROVERSIES AND DEVELOPMENTS Joisa Dutra, Patrícia Sampaio, Lívia Amorim	<b>120–143</b>

**NOTA EDITORIAL**  
**// EDITORIAL**



DIREITO.UNB apresenta à comunidade o segundo número de seu segundo volume, apresentando uma série de artigos rigorosamente selecionados após processo de peer blind-review. Os artigos são disponibilizados em língua portuguesa e inglesa, característica que expõe seu propósito de servir de referência internacional sobre a produção acadêmica nacional, especialmente em um ambiente em que ainda se produz muito pouco em língua inglesa no Brasil.

O propósito de ser uma revista internacionalizada foi a base da concepção da revista. As revistas jurídicas nacionais, infelizmente, reproduzem uma tradição fortemente nacional de pouco abertura para o mundo, reproduzindo conhecimento entre brasileiros, quando o mundo tem um grande interesse sobre o direito brasileiro. Publicar em inglês - acompanhando o intuito de internacionalização hoje incentivado pelas agências de fomento - deve ser uma prioridade. Direito.UnB, nesse contexto, surge como uma das raras revistas nacionais que possui a língua inglesa como seu carro-chefe.

Naturalmente, a elaboração de uma revista jurídica bilíngue implica a adição de um fluxo de trabalho não existente em várias outras revistas: tradução. Este fluxo, que se soma ao fluxo de pareceres, torna o processo de edição e publicação da revista ainda mais complexos, razão pela qual o balanço entre fluxo e publicação precisa de um acompanhamento bastante cuidadoso. Porém, a Direito.UnB sempre teve como princípios: 1) alta qualidade na seleção de seus textos; 2) preocupação em lançar os textos selecionados para a comunidade internacional. Qualidade e internacionalização, desse modo, permeiam a principal preocupação da Revista.

Acompanhando esse projeto, Direito.UnB, desde o início de 2016, transferiu sua página de submissão para o Scholastica (<https://direitounb.scholasticahq.com>), onde são disponibilizados todos os artigos de um modo muito mais interativo, assim como o processo de submissão é muito mais transparente e de fácil acompanhamento pelos autores. Como uma plataforma mais internacionalizada, a revista passa a receber contribuições estrangeiras de forma mais contínua, ampliando a internacionalização de seu conteúdo.

O segundo número de seu segundo volume já acompanha esse desenho. São cinco artigos que expõem debates bastante contemporâneos e necessários. Abre este número o artigo *Sociedade Global e Fragmentação Constitucional: Os Novos Desafios para o Constitucionalismo Moderno*, de Douglas Elmauer. Com base na obra *Verfassungsfragmente*, de Gunther Teubner, o artigo faz uma interessantíssima análise do constitucionalismo contemporâneo, apontando seus dilemas e sua crise diante do processo de globalização e fragmentação. A partir de uma dimensão histórica e muito inspirada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e seu conceito de “aquisição evolutiva”, Douglas Elmauer indica os riscos para a funcionalização do direito em um momento em que a fragmentação tem se tornado uma variável central no constitucionalismo atual.

Na sequência, Direito.UnB traz um artigo de grande impacto sobre um tema de elevada complexidade: cotas raciais. Fábio Portela Lopes de Almeida, em seu artigo *Silêncios Eloquentes na ADPF nº 186: O STF de fato*

*Julgou a Constitucionalidade das Cotas Raciais?*, brilhantemente demonstra como o Supremo Tribunal Federal, nas 233 páginas do acórdão na ADPF nº 186, simplesmente parece não ter respondido às principais questões constitucionais envolvidas no caso. Em tempos de uma crescente presença da Suprema Corte brasileira em temas de grande repercussão social, é, no mínimo, uma provocação, que lança o STF nos limites de sua capacidade argumentativa. Além do mais, faz um paralelo interessantíssimo com a experiência jurídica norte-americana.

O terceiro artigo deste número, de autoria do renomado autor colombiano Carlos Bernal Pulido, intitula-se *O Transplante da Análise de Contexto para a Investigação Penal no Direito Interno Colombiano*. Carlos Bernal aborda importantes dilemas na absorção de conceitos e metodologias estrangeiras em determinadas realidades, algo que o direito comparado continuamente se digladiava. Sobretudo diante de um crescimento da influência das cortes constitucionais - o que se evidencia fortemente no caso da Colômbia, por ele examinado -, entender como conceitos são reconstruídos em novas realidades se torna uma problema central. No artigo, seu foco se volta para o estudo das questões conceituais, funcionais e de transplante de conceitos. A partir de uma abordagem sobre o que metodologicamente se chama de análise de contexto, Carlos Bernal criticamente expõe os problemas e os riscos da introdução de conceitos e metodologias da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Corte Constitucional Colombiana em matéria penal.

O autor italiano Raffaele De Giorgi, Professor da Universidade de Lecce/Salento, e herdeiro da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, nos brinda com seu fascinante artigo *A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas*. Em seu artigo, ele radicalmente reconstrói o que ele denomina “problema da verdade no direito”, a partir de um confronto com a perspectiva kantiana da verdade com a dimensão sociológica trazida pela teoria dos sistemas. Seu propósito central encontra-se em expor o inerente “déficit de racionalidade do direito”. Imperdível e instigante, como são os artigos produzidos por Raffaele De Giorgi, seu texto evidencia o paradoxo da convivência das sociedades com o direito e como ela faz dele um contínuo aprendizado recíproco.

Este número se encerra com o artigo *Aspectos Regulatórios e Desafios da Iluminação Pública: Controvérsias e Desenvolvimentos Recentes*, de autoria de Joisa Dutra, Patrícia Sampaio e Lívia Amorim. Aqui a preocupação é desenvolver uma análise sobre direito regulatório e os impactos de estratégias de municípios para gerir os ativos de iluminação pública. Com um estudo cuidadoso das diferentes formas de gestão desses ativos, as autoras expõem as dificuldades financeiras e de expertise que os municípios têm enfrentado com essa nova realidade. A pesquisa traz vários dados empíricos e aponta possíveis estratégias para melhorar a administração desse serviço público.

A Revista Direito.UnB traz, portanto, à comunidade acadêmica um farto material de artigos de elevada qualidade, publicados em português e inglês, que expõem a preocupação de se construir uma revista diferenciada, com foco na qualidade acima de tudo. Em um universo em

que predominam revistas de duvidosa qualidade no cenário nacional, o cuidado em manter um alto padrão deve ser a métrica principal de nossa difusão de conhecimento. E, assim, de pouco em pouco, vamos conquistando o seu devido reconhecimento nacional e internacional.

Brasília, agosto de 2016.

Juliano Zaiden Benvindo  
Editor-Chefe

**ARTIGOS**  
**// ARTICLES**

**SOCIEDADE GLOBAL E FRAGMENTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL: OS NOVOS DESAFIOS  
PARA O CONSTITUCIONALISMO MODERNO**  
// GLOBAL SOCIETY AND CONSTITUTIONAL  
FRAGMENTATION: THE NEW CHALLENGES TO  
THE MODERN CONSTITUTIONALISM

Douglas Elmauer

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Trata-se aqui de uma interpretação crítica acerca do debate que gira em torno da crise do constitucionalismo moderno e dos novos dilemas que se colocam diante da teoria constitucional numa sociedade globalizada e em progressiva fragmentação. Faz-se uma leitura da obra *Verfassungsfragmente* (2012) de Gunther Teubner. O presente artigo buscará dar uma visão geral acerca do tema, abordando (i) os aspectos históricos da origem da constituição moderna e da síntese funcional entre sistema jurídico e sistema político, (ii) a transição das constituições políticas para as constituições civis, (iii) as tendências de hipertrofia sistêmica e as constituições como mecanismos de reação à expansividade, com especial destaque ao constitucionalismo societal, (iv) as novas condições constitucionais da sociedade global, (v) os direitos fundamentais transnacionais e as colisões interconstitucionais, finalizando com uma (vi) conclusão crítica acerca da possibilidade real da implementação das constituições civis, com a consideração dos riscos que uma fragmentação constitucional pode trazer para a manutenção da autonomia funcional das esferas sociais. // This article deals with a critical interpretation of the debate that revolves around the crisis of modern constitutionalism and new dilemmas that arise concerning the constitutional theory in a globalized society and in progressive fragmentation. This is a reading of the work *Verfassungsfragmente* (2012) by Gunther Teubner. The article will try to give an overview of the subject, including (i) the historical aspects of the origin of the modern constitution and the functional synthesis between legal system and political system, (ii) the transition of political constitutions for civil constitutions, (iii) a general trends to systemic hypertrophy and the constitutions as mechanisms of reaction to the expansiveness, with special emphasis on societal constitutionalism, (iv) the new constitutional conditions of global society, (v) the fundamental rights and transnational inter-constitucionals collisions, and ending with a (vi) critical about the real possibility of implementing the civil constitutions, with consideration of the risks that can bring a constitutional fragmentation for maintaining the functional autonomy of the social spheres.

---

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Fragmentação constitucional, globalização, teoria constitucional, constitucionalismo societal. // Constitutional fragments, globalization, constitutional theory, societal constitutionalism.

---

>> **SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Doutorando em Direito pela Universität Bremen - Alemanha (2016). Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP (2015). // PhD Candidate at the University of Bremen, Germany (2016); Master from the University of São Paulo Law School (2015).

## 1. INTRODUÇÃO

*“Ubi societas ibi constitutio”*

(Gunther Teubner)

Períodos de crise e transição não são uma novidade no decorrer da evolução da sociedade. Nesse contexto, a ideia de “constituição moderna” vem à tona apenas nos revolucionários séculos XVII e XVIII. A “constituição” (*Verfassung*), tanto no plano semântico quanto no plano estrutural da sociedade, é um produto da “modernidade” (*Neuzeit*).<sup>1</sup> Trata-se aqui, segundo Luhmann, de uma “aquisição evolutiva” (*evolutionäre Errungenschaft*) que emerge da pressão exercida por constantes processos de complexificação e diferenciação social, inerentes à sociedade moderna.<sup>2</sup> “As Constituições no sentido moderno do termo nascem apenas no século XVIII”,<sup>3</sup> emergindo como forma de acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre sistema político e sistema jurídico.<sup>4</sup>

De acordo com a excelente reconstrução histórica feita por Hermann Heller, “o *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é o primeiro exemplo de um documento constitucional moderno (...)”.<sup>5</sup> É na Inglaterra que se inicia a sedimentação dos direitos individuais e do chamado *Bill of Rights*, a partir dos quais florescem os movimentos de constitucionalização dos direitos. Esse processo atinge seu ponto nevrálgico na *Declaration of Independence* dos EUA (1776) e na Revolução Francesa (1789), se estendendo por um período que o historiador Eric Hobsbawm denominou de “Era das Revoluções” (1789-1848), mais especificamente das chamadas “revoluções liberais” que atingiram seu apogeu em 1848, as quais marcaram a crise dos *anciens régimes*.<sup>6</sup> Segundo Brunkhorst, as revoluções libertam os potenciais normativos da evolução, que quase sempre terminam com um “acordo constitucional”.<sup>7</sup>

De modo não muito distinto ao do período que marca o estabelecimento da sociedade moderna, bem como da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, vivemos na atualidade uma fase de radical transformação do constitucionalismo. Há uma dupla crise constitucional em curso, que marca a sociedade global. Primeiramente, a emergência de formas constitucionais para além dos Estados nacionais, e em segundo lugar, um decorrente enfraquecimento do constitucionalismo nacional.<sup>8</sup>

Para Grimm, o atual momento constitucional representa a erosão do modelo constitucional tal como o conhecemos desde sua origem no século XVIII.<sup>9</sup> “Em 1971, enquanto teorizava sobre o conceito de ‘sociedade mundial’ [*Weltgesellschaft*], Luhmann permitiu-se elaborar a hipótese especulativa de que o direito global iria experimentar uma radical fragmentação, não no âmbito territorial, mas conforme distinções setoriais da sociedade”.<sup>10</sup> Em seus escritos que precendem ao giro teórico autopoietico, Luhmann admite, que no plano estrutural da sociedade mundial, os sistemas primariamente orientados cognitivamente, como economia, ciência e técnica, ganhariam certa centralidade no processo de mundialização, enquanto os sistemas orientados normativamente, como a política e o direito, encontrariam dificuldades e limitações para alcançar um nível global.<sup>11</sup>

Luhmann entende que paralelamente ao processo de diferenciação funcional dos sistemas sociais na modernidade, desenvolveu-se junto ao sistema político uma diferenciação segmentária entre Estados nacionais,<sup>12</sup> o que poderia representar, num primeiro momento, um obstáculo para o surgimento de um direito a nível mundial. Todavia, considera ele que “apesar de toda a dependência com respeito à decisão política, o direito permanece sendo uma estrutura da sociedade global”.<sup>13</sup> Desse modo, na sociedade moderna, ainda permanece em aberto a questão de se o direito “poderá adequar-se à constituição e à dinâmica de um sistema social uniforme, abarcando todo o globo terrestre”, mesmo que ceticamente considere que a realização de tal direito se confrontaria “com o problema de como seria possível planejar estruturas de significado frente a um horizonte temporal em aberto”.<sup>14</sup>

## 2. DAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS ÀS CONSTITUIÇÕES CIVIS

“Was kommt nach dem Staat?”

(Gunther Teubner)

O período entre 1789 e 1989, “foi o período dos Estados nacionais”.<sup>15</sup> A partir do fim da fase estatalista da ordem mundial, iniciou-se um período de intensificação do processo de globalização e, por conseguinte, de enfraquecimento do modelo estatal delimitado territorialmente. Segundo Brunkhorst, 1989 foi o ano que marcou a transformação de toda ordem internacional e global, “na verdade, foi a *conclusão das mudanças revolucionárias do século XX*. Conclusão, nesse caso, que coincide com a *globalização da ordem institucional básica da até então rudimentar integração normativa da sociedade mundial*. Em termos hegelianos, a sociedade mundial era, até 1989, uma sociedade normativamente integrada *em si mesma* e, desde então, é uma sociedade mundial normativamente integrada *em e para si mesma*.”<sup>16</sup>

Diante dessas demandas provindas da sociedade mundial, Teubner recorre em sua obra recente a um viés teórico que prioriza o advento de ordens jurídicas globais, plurais e heterárquicas,<sup>17</sup> as quais ganham grande projeção e importância com sua concepção de “constituição civil global” (*global Zivilverfassung*)<sup>18</sup>, juntamente com o conceito de “constitucionalismo societal” (*societal constitutionalism*),<sup>19</sup> sendo este último, tomado de empréstimo da obra de David Sciulli.

Um dos principais problemas a se superar na teoria constitucional majoritária é o da obstinada centralidade política do Estado nacional ou em um “cosmopolitismo global”.<sup>20</sup> A promoção de um novo constitucionalismo democrático em escala global não deve se escorar numa reconstrução kantiana através de uma “constituição mundial universalista” que se baseia na possibilidade da criação de novas instituições e procedimentos em escala mundial, o que levaria à formação de um “centro federativo global” (Höffe) e a uma “política interior mundial” (Habermas).<sup>21</sup> Essas alternativas parecem fragilizadas, principalmente diante da inexistência



de uma “esfera pública mundial” forte<sup>22</sup> e pela presença de um “Direito hegemônico” (*hegemoniales Recht*)<sup>23</sup> que impede muitas vezes a reprodução autopoiética do direito global (*Weltrecht*).<sup>24</sup> Para os defensores do pluralismo constitucional, as construções teóricas que vão de Höffe a Habermas, chegando em Brunkhorst, não são capazes de ir além do conceito tradicional de constituição, não obtendo um construto adequado para a situação atual. Numa sociedade fragmentada, formada por uma pluralidade de redes e sistemas funcionais (policontextualizada), não se encontra no plano mundial um equivalente funcional para o Estado nacional.<sup>25</sup>

O processo de globalização deu aos subsistemas sociais, tais como a economia, a ciência, e os meios de comunicação de massa (e. g. *internet*), uma dinâmica centrífuga, diante da qual a política internacional não vem sendo capaz de reagir. Nessas condições, levanta-se o questionamento acerca do futuro das relações entre direito, política e esferas autônomas da sociedade. O conceito de constituição, como acoplamento estrutural entre política e direito, vem perdendo progressivamente seu poder garantidor de direitos, especialmente frente aos novos atores transnacionais, tais como as grandes corporações, as ONGs, as associações de comércio e os regimes híbridos. A limitação desses atores privados por normas constitucionais tornou-se um problema crescente frente às demandas da sociedade global. Essas condições levam à necessidade de ir além dos limites da teoria constitucional político-legal, ou seja, voltar-se para a tendência de uma sociologia constitucional que considere a possibilidade de uma constitucionalização das esferas sociais em âmbito global.<sup>26</sup>

Paralelamente às constituições políticas dos Estados nacionais, Teubner fala na constitucionalização espontânea das esferas autônomas da sociedade. São as chamadas “constituições civis globais” (*globale Zivilverfassungen*). Nessa perspectiva, a constituição da sociedade mundial não é uma realidade exclusiva das instituições que representam a política internacional. Já não há a possibilidade de se criar uma constituição global capaz de abarcar todos os âmbitos sociais. O que há, na verdade, é a “constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial”.<sup>27</sup> As novas constituições civis transcendem o processo político estatal. Nesse sentido, os novos atores globais, além de não participarem desse processo, terminam por estabelecer seus próprios regimes sem qualquer forma de institucionalização política, ameaçando a autonomia de outras esferas sociais, e inclusive dos direitos fundamentais. Revela-se aqui o lado sombrio da “sociedade mundial”,<sup>28</sup> que vai desde as tendências expansionistas dos subsistemas globalizados (tais como a economia, a ciência e os meios de comunicação de massas), até ao problema das cadeias de exclusão social, gerado primariamente pela expansão de racionalidades sistêmicas particulares. O progressivo desequilíbrio entre autonomização e limitação das lógicas funcionais dos sistemas subsistemas sociais, orientados prioritariamente por expectativas cognitivas, coloca-se agora como uma das questões centrais a serem enfrentadas pelo novo constitucionalismo civil global carente do poder estatal.<sup>29</sup>

### 3. DA HIPERTROFIA SISTÊMICA ÀS CONSTITUIÇÕES COMO MECANISMOS DE REAÇÃO À EXPANSIVIDADE

*“(...) o capitalismo moderno (junto com todos os sistemas sociais funcionalmente diferenciados) tornou-se global e atualmente não enfrenta qualquer alternativa exterior, e esse é o problema.”<sup>30</sup>*

(Hauke Brunkhorst)

As tendências sistêmicas expansivas tem gerado uma cadeia infundável de externalidades negativas, que vão desde a perda da autonomia funcional de alguns subsistemas, até a exclusão massiva de pessoas ao acesso às prestações sistêmicas básicas.<sup>31</sup> Nesse processo tendenciosamente autodestrutivo da sociedade global, a hipertrofia do sistema econômico, sobretudo, desempenha um dos papéis mais dramáticos, o que em certa medida, ficou evidente com a crise financeira de 2008.<sup>32</sup> A livre dinâmica incontrollável do capitalismo internacional vem desmantelando progressivamente as fronteiras nacionais, e com isso, também o direito vinculado aos Estados nacionais, inclusive os direitos fundamentais, o que levou Brunkhorst a concluir de modo pessimista que “o capitalismo é global, um sistema altamente produtivo, mas internamente catastrófico, que de modo algum precisa da democracia e para o qual, infelizmente, não existe atualmente qualquer alternativa”.<sup>33</sup> Como se revelará mais adiante, essa conclusão inquestionavelmente realista será um dos grandes alvos das preocupações de Teubner, no sentido de uma constitucionalização da sociedade, em especial por via do constitucionalismo societal, capaz de gerar uma relevante oposição às dinâmicas hiperexpansivas.<sup>34</sup> Em que pesem as constatações empíricas que levam ao progressivo enfraquecimento na crença da emergência de uma constituição global, apoiada na comunidade internacional cosmopolita, a corrente teórica majoritária permanece vinculada a esses postulados.

A observação da fragmentação da sociedade mundial dificulta o cosmopolitismo constitucional, de modo a deslocar a atenção, prática e teórica, para os conflitos fundamentais entre os fragmentos constitucionais emergentes nos mais diversos âmbitos sociais.<sup>35</sup> Identifica-se aqui uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com o desfacelamento da ilusão da possibilidade de uma constituição global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios.<sup>36</sup>

A globalização alterou a dinâmica dos sistemas político e jurídico, bem como dos demais subsistemas da sociedade. Com as tendências expansionistas das racionalidades parciais da sociedade e as constantes violações dos direitos humanos por parte dos agentes privados, torna-se cada vez maior a necessidade de uma constitucionalização de outros setores da sociedade global.<sup>37</sup> Toma-se aqui a ideia da progressiva liberação do constitucionalismo com relação aos processos políticos, o

que leva, por conseguinte, ao problema da possibilidade da formação de constituições transnacionais.

A consideração de uma coevolução entre estruturas sociais e normas constitucionais leva à possibilidade da criação espontânea de instâncias normativas nas esferas e instituições sociais. Nem o totalitarismo fascista ou socialista, nem mesmo as subconstituições do *Welfare State*, ou o constitucionalismo econômico, conduziram a uma genuína constitucionalização da sociedade. O totalitarismo, caracterizado pela grande rigidez e pouca adaptabilidade, padeceu como um modelo de constitucionalismo adequado à modernidade, principalmente por sufocar a dinâmica da diferenciação funcional, e ao mesmo tempo destruir a espontaneidade das organizações.<sup>38</sup> Após a queda de grande parte dos regimes totalitários europeus, o *Welfare State* e suas subconstituições tomaram a frente no processo de constitucionalização da sociedade. Contudo, esse modelo criou um balanço precário entre a autonomia constitucional dos setores autônomos da sociedade e as intervenções constitucionais políticas.<sup>39</sup> Também, as visões econômicas do constitucionalismo, desde suas variantes liberais até as ordoliberalas, apesar de suas inúmeras tentativas de constitucionalização da sociedade, não lograram êxito nessa empreitada. Se por um lado o liberalismo ignorou as instituições da sociedade civil, por outro, a teoria do ordoliberalismo, segundo a qual o Estado asseguraria as correções das imperfeições do livre mercado, pretendia transformar a constituição econômica numa constituição apta a normatizar toda a sociedade. Trata-se aqui da institucionalização de mecanismos de mercado em toda a sociedade,<sup>40</sup> um verdadeiro monocontextualismo econômico. Essa visão, socialmente achatada, produzida pela economia, é fruto de sua própria racionalidade hipertrófica, a qual pretendia, por diversos meios, ser aplicada a todos os âmbitos da sociedade.<sup>41</sup>

Entre politização e economização social, entende-se que nenhum dos modelos propostos seria apto a lidar com o pluralismo da sociedade global, antes, seria necessário navegar entre essas alternativas, não compartilhando qualquer forma de determinismo. Rudolf Wiethölter considera que algumas externalizações são inevitáveis, e não devem ser entendidas como determinações, mas antes, podem servir de suporte quando a autoajuda do sistema em questão não é possível, como uma forma de “assistência terapêutica”.<sup>42</sup> Diferentes variantes do pluralismo constitucional insistem em dar um direcionamento totalizante à sociedade, sem, contudo, obter o êxito esperado. Diante disso, torna-se cada vez mais evidente a decadência de modelos constitucionais unilateralizantes, como o Estatal ou o econômico. No presente momento constitucional da sociedade global, tende-se para a *multilateralização do constitucionalismo*. Na visão de Teubner, as constituições emergem em todos os âmbitos sociais, de modo a permitir-se alterar a famosa máxima de Hugo Grotius, de *ubi societas ibi ius*, para *ubi societas ibi constitutio*.<sup>43</sup>

Diante das tendências expansionistas e desdiferenciadas de alguns sistemas funcionais, e visando a manutenção da pluralidade constitucional de âmbitos sociais diversos, lança-se mão dos recursos oferecidos pelo constitucionalismo societal.<sup>44</sup> A teoria do constitucionalismo societal,

elaborada originalmente por David Sciulli,<sup>45</sup> emergiu como uma crítica às fragilidades neocorporativismo que se concentraria em demasia no dualismo político e econômico, em detrimento a outros setores da sociedade. A base de sua crítica está em revelar quais seriam as forças autoritárias que agiriam no processo de racionalização da sociedade (Weber).<sup>46</sup> Segundo a leitura que Sciulli faz dos diagnósticos weberianos acerca da modernidade, identificam-se pelo menos quatro impulsos na sociedade atual: (i) o do insolúvel conflito entre diferentes tipos de racionalidade; (ii) o da dominação do cálculo instrumental em favor da economia e da política, em prejuízo das demais esferas; (iii) o da burocratização e hierarquização formal das organizações, que promoveriam todo tipo de racionalidade formal; (iv) e o da “gaiola de ferro”, que traz consigo a sensação de confinamento devido à proliferação das organizações em todos os âmbitos sociais.<sup>47</sup>

Frente a essas demandas, Sciulli opõe o surgimento das *formações colegiais*, como uma resposta da dimensão social normativa à racionalidade instrumental. Tais formações emergiriam em diversos setores sociais, a fim de garantir suas respectivas autonomias, especialmente em face dos impulsos desdiferenciadores da política e da economia.<sup>48</sup> As “formações colegiais” são basicamente instâncias deliberativas que buscam a eliminação dos traços autoritários das instituições. De modo geral, a estratégia do constitucionalismo societal, seria fomentar o crescimento da habilidade deliberativa das instituições sociais. Diante desse modelo, Teubner se questiona sobre como seria possível o constitucionalismo societal de Sciulli, mesmo mediante o crescimento das externalidades negativas dos subsistemas e suas condições de autolimitação sob o contexto da globalização.<sup>49</sup>

#### 4. AS NOVAS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA SOCIEDADE GLOBAL

A globalização traz consigo uma série de significados, porém o mais importante deles é a diferenciação funcional dos subsistemas sociais, tais como a política, a ciência, a economia e o direito, ou seja, trata-se de uma *globalização policêntrica*,<sup>50</sup> que não se reduz à dimensão econômica. “A globalização é um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos”.<sup>51</sup> Como o dito inicialmente, nem todos os subsistemas sociais se globalizaram simultaneamente, esse processo se deu em velocidades e intensidades distintas,<sup>52</sup> num cenário no qual os sistemas orientados por estruturas cognitivas tomaram a frente, tais como a economia, a ciência e a técnica, figurando como verdadeiros subsistemas globais, que foram se desligando progressivamente da base político-legal dos Estados nacionais.<sup>53</sup> A base do constitucionalismo estatal é a territorialidade, contudo, na sociedade global há uma crescente tendência de desconexão entre constituição e soberania estatal.<sup>54</sup> No plano internacional, organizações como ONU, UNICEF, OIT e OMS, desenvolvem uma série de normas constitucionais para as sub-áreas da sociedade mundial,

contudo a ambição pela criação de uma “constituição do Estado global” permanece como uma “ilusão constitucional”, que reproduz acriticamente os problemas estruturais das desgastadas constituições estatais, projetando-os no plano global.<sup>55</sup>

No âmbito do direito internacional público, a ideia de progressiva fragmentação das ordens jurídicas internacionais, também passa a ser um problema amplamente admitido. Segundo Martti Koskenniemi, questões como o desenvolvimento econômico, os direitos humanos, o meio ambiente, a criminalidade, a segurança, começaram a desafiar os velhos princípios e instituições baseados no modelo político-estatal. Nesse sentido, formas de especialização jurídicas, tais como a “lei do comércio”, os “direitos humanos”, a “lei ambiental”, a “lei de crimes internacionais” e a “lei de segurança”, emergiram na forma de estruturas de relevante *expertise* funcional, emanadas, em grande medida, por organizações intergovernamentais.<sup>56</sup>

Teubner quer superar esses dogmas constitucionais tradicionais, centralizadores, que caem constantemente nas armadilhas do “nacionalismo metodológico”.<sup>57</sup> Nesse sentido, a alternativa dada pelas “constituições civis” aparece como modelo muito mais interessante, especialmente num cenário onde as organizações internacionais não são atores exclusivos, dividindo espaço com as corporações transnacionais, que também recebem impulsos constitucionais, através do estabelecimento de seus “códigos de conduta”.<sup>58</sup> Com a autoconstitucionalização das ordens globais independentes, surge concomitantemente o risco de se desenvolverem normas constitucionais corruptas acopladas às constituições em favor de interesses privados. Para Teubner, esse é o grande desafio para a autonomia do direito global.<sup>59</sup>

Dentre os inúmeros atores da sociedade global, as organizações transnacionais, como as grandes corporações e as organizações não governamentais globais, apresentam-se como as principais candidatas para a obtenção de uma constitucionalização independente.<sup>60</sup>

Emerge agora uma questão importante: a da presença de um substrato social na constitucionalização dos regimes transnacionais. O “nacionalismo metodológico” se funda basicamente: (i) na existência de um *demos* como “corpo coletivo” que estaria por trás de uma constituição, (ii) na dialética entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, (iii) na legitimidade que emergiria de um consenso democrático, (iv) no pluralismo político, e (v) no mito da fundação da constituição pela coletividade.<sup>61</sup> Sob as novas condições estruturais presentes na sociedade global, os pré-requisitos para a existência de um substrato social devem ser consideravelmente alteradas, a começar pela questão da desconexão entre constituição e soberania estatal, como já pontuado anteriormente. A constituição deve ser desacoplada da política institucionalizada, assim permitindo a constitucionalização autônoma dos outros âmbitos da sociedade civil global. Ao mesmo tempo em que se desacopla da política, a constituição também se desacopla do *medium* do poder (*Macht*),<sup>62</sup> possibilitando que outros meios de comunicação simbólicos sejam alvejados por ela.<sup>63</sup> Essas transformações estruturais permitem a Teubner concluir que, os subsistemas sociais

não precisam se tornar atores coletivos para se constitucionalizarem, a *lex mercatoria* no âmbito econômico é exemplo dessa não necessidade. Também em outros setores da sociedade, como no esporte e até mesmo na internet, emergem tendências similares, com a *lex sportiva* e a *lex digitalis*.<sup>64</sup>

O novo constitucionalismo, em conexão com a globalização, enfrenta o surgimento das “organizações internacionais”, dos “regimes transnacionais” e das chamadas “redes” (*networks*).<sup>65</sup> Contudo, a constitucionalização dessas esferas sociais não se esgota no mero estabelecimento de normas, antes, as constituições extra-estatais precisam obedecer a certos requisitos materiais mínimos que as legitimem. Segundo Teubner, as normas produzidas pelos regimes transnacionais, devem passar por um teste de qualidade que determina sua natureza constitucional. São basicamente quatro critérios que devem ser analisados para tanto: (i) *funções constitucionais* – determinar regras limitativas e constitutivas das esferas, não sendo elas meramente regulatórias ou solvedoras de conflitos; (ii) *arenas constitucionais* – a existência de arenas de processos políticos organizados e de processos espontâneos da opinião pública nas esferas; (iii) *processos constitucionais* – a presença de uma efetiva conexão entre as normas legais desenvolvidas pelos regimes e o contexto social (comunidade nômica); (iv) *estruturas constitucionais* – a possibilidade da aplicação das normas desenvolvidas pelos regimes para a revisão de leis ordinárias reflexivamente.<sup>66</sup>

#### 4.1 FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS

As *funções constitucionais*, dizem respeito à questão das regras *limitativas* e *constitutivas*, que podem ser produzidas no bojo das constituições setoriais, a partir dos acoplamentos que o sistema jurídico estabelece com as demais esferas autônomas da sociedade. Nesse contexto, uma das maiores preocupações apontadas, refere-se ao neoliberalismo e à expansividade econômica por ele produzida. O modelo constitucional neoliberal, não tem condições de se sustentar, pois impele à maximização da racionalidade parcial da economia, encobrindo e instrumentalizando as demais formas de racionalidade social, de modo alienante.<sup>67</sup>

Com a diferenciação funcional da sociedade em subsistemas, verifica-se que o principal conflito gerado pelas energias sistêmicas, é aquele entre autonomização e limitação funcional. A globalização acelerou o efeito destrutivo de alguns sistemas sociais, é aquilo que já identificamos como “hipertrofia de determinadas racionalidades” da qual decorre a “compulsão de alguns sistemas por um crescimento ilimitado”. A esse fenômeno hipertrófico, Teubner denomina de *turboautoipoiesis*.<sup>68</sup> Politização, economização, juridificação, midialização, medicalização – são todas tendências expansionistas dos sistemas funcionais, já que a espiral patológica do crescimento compulsivo não aparece exclusivamente na economia, mas em qualquer sistema. Rudolf Stichweh aponta que o crescimento compulsivo dos sistemas, pode ser provocado pela “inflação” da produção dos “símbolos” específicos que circulam dentro dos mesmos, como por exemplo do “dinheiro” (*Geld*) no sistema econômico e do “poder”



(*Macht*) no sistema político.<sup>69</sup> O maior problema decorrente da dinâmica expansiva é sua natureza destrutiva para os demais subsistemas, como coloca Teubner, o excesso de produtividade sistêmica pode gerar destrutividade. Diante dessas condições, um dos grandes dilemas que se formula é o de como barrar o crescimento patológico e manter o crescimento normal dos sistemas funcionais da sociedade, trata-se aqui de combater o “lado sombrio” (*dark side*) da diferenciação funcional.

A autorrestrrição sistêmica da pressão de crescimento passa a ser um importante desafio para a sociedade global. A diferenciação das esferas sociais trouxe consigo o problema do inevitável conflito entre elas. Segundo Teubner, as colisões entre as esferas sociais podem ocorrer basicamente de três modos: (i) pela colisão de racionalidades particulares com outras racionalidades; (ii) pela colisão com a racionalidade compreensiva da sociedade mundial; e (iii) pela colisão da função de maximização das esferas sociais com sua própria autorreprodução. A constante colisão de esferas, especialmente as que decorrem das tendências patológicas de alguns sistemas, gera a possibilidade da eclosão de “catástrofes” sociais.<sup>70</sup> O perigo que emerge dos três tipos de colisão suscitados, são basicamente: a autodestruição do sistema social em condições hipertróficas, a ocorrência de danos ambientais (no sentido amplo), e o comprometimento da sociedade mundial tal como estabelecida.

Frente ao excessivo crescimento sistêmico, abrem-se duas opções para combater nesse *front*. A primeira é o intervencionismo estatal, que se mostrou nocivo à manutenção das autonomias funcionais, especialmente depois das experiências totalitárias.<sup>71</sup> A segunda opção, diz respeito à constitucionalização interna dos próprios sistemas, que poderia levar a uma autodomesticação dos sistemas, ou seja, a uma domesticação de suas dinâmicas expansivas. Essa alternativa parece estar mais apta a lidar com as necessidades que nascem das tendências atuais (crises, hiperexpansividade), levando à formação daquilo que Teubner denomina de *constituições capilares*, situadas nos mais diversos âmbitos sociais, apropriando assim, em certo sentido, um construto de Jacques Derrida, que buscou inspiração no neoestruturalismo francês de Michel Foucault e seu conceito de “poder capilar”.<sup>72</sup> Do mesmo modo com que a constitucionalização política criou condições para a autolimitação do poder, as constituições capilares produzidas nas demais esferas sociais possibilitariam a autodelimitação das dinâmicas sistêmicas expansivas, dito em outras palavras, elas inibiriam as compulsões patológicas pelo excessivo crescimento, estimulando a autodelimitação dos sistemas com relação ao seu ambiente, gerando espécies de “contra-estruturas” que barrariam racionalidades hipertróficas criadas no interior do próprio sistema, sem necessidades de intervenções externas.<sup>73</sup>

#### 4.2 ARENAS CONSTITUCIONAIS

Passado o debate concernente às funções constitutivas e delimitativas das constituições globais, não há que se olvidar da questão das *arenas constitucionais*, as quais emergem do processo de diferenciação interna

dos próprios sistemas sociais. Na esteira do constitucionalismo societal, que concebe uma variedade de centros de reflexão na sociedade, bem como a democratização das instituições, entende-se que no interior dos sistemas funcionais ocorre uma diferenciação básica entre aquilo que denominamos de *esfera profissional-organizada* e *esfera espontânea*.<sup>74</sup> O dualismo organizado/espontâneo é um princípio básico da diferenciação funcional, por meio dele se torna possível estender a constitucionalização aos demais âmbitos da sociedade. O atual balanço precário entre o organizado e o espontâneo deve ser recalibrado, especialmente para conter a dominação da esfera organizada sobre a espontânea. Nesse sentido, a participação, a deliberação, os mecanismos eleitorais, a descentralização de mercado, dentre outros, atuariam como meios potencializadores da democratização interna dos sistemas, impedindo a dominação. A diferenciação entre esfera profissional e esfera espontânea aparece nitidamente na economia (corporações vs. consumidores) e na política (governo vs. opinião pública), e em certa medida, também, no direito, na mídia e no sistema de saúde.<sup>75</sup> A atuação da esfera espontânea no sistema econômico, por exemplo, é importante no sentido de abri-lo para as preferências dos consumidores, considerando questões como a sustentabilidade e a ecologia, etc., levando ao estímulo de um planejamento ecológico da economia, a fim de evitar possíveis campanhas de crítica, protestos, boycotts – como uma forma de respeito a “direitos econômicos fundamentais”.<sup>76</sup> As pressões produzidas pela esfera espontânea, mostram-se cada vez mais eficientes no sentido da promoção de uma “ecologização das constituições corporativas” no âmbito da esfera profissional-organizada, abrindo-a cognitivamente para o aprendizado. Em que pese a primazia das expectativas cognitivas na sociedade mundial, isso não significa que os códigos corporativos dos grandes agentes transnacionais da economia mundial sejam destituídos de sua qualidade normativa, produzida no âmbito de sua própria internalidade. Trata-se aqui da questão da responsividade das instituições com relação a suas funções autorregulatórias. A importância dessa responsividade se reflete na autorregulação da produção do símbolo comunicativo específico de cada sistema, tal como o poder, o dinheiro, a lei, a verdade, dentre outros.

O problema da ausência de autorregulação específica e responsividade, manifestou-se sobretudo durante a crise econômica de 2008, quando os bancos privados iniciaram um processo de criação massiva de dinheiro *ex nihilo*, sem qualquer forma de lastro, e em favor da excessiva pró-ciclicidade da especulação autorreferencial do sistema econômico, sem qualquer forma de estratégia macroeconômica, responsabilidade social ou política.<sup>77</sup> Essa espiral de crescimento produzida pelo sistema econômico, resultou, no fim das contas, em um processo autodestrutivo, o qual, é quase sempre ativado nos momentos em que as barreiras do crescimento sistêmico necessário são ultrapassadas, gerando externalidades sociais negativas. Dentre as medidas necessárias ao combate dessa tendência hipertrófica, além da inevitável reforma do sistema bancário, seria necessário observar que a globalização dos mercados financeiros



requer, cada vez mais, soluções constitucionais globais, seja na forma de uma “constitucionalização dos mercados globais” (Polanyi),<sup>78</sup> ou de um “constitucionalismo societal” (Sciulli) econômico. A hipótese de solução através da “constitucionalização global do sistema financeiro”, emergiria na forma de cooperação entre bancos centrais, em uma espécie de coalisão de vontades, como medida autolimitadora do próprio sistema econômico. Também, a formação de “instituições colegiadas” no interior das organizações econômicas, poderia cumprir esse difícil papel de barrar as tendências expansionistas do sistema econômico da sociedade global.<sup>79</sup> Não obstante, na atualidade a constitucionalização do sistema econômico permanece um desafio.

#### 4.3 PROCESSOS CONSTITUCIONAIS

No que concerne aos *processos constitucionais*,<sup>80</sup> considera-se aqui a capacidade de “reflexividade” inerente aos subsistemas sociais.<sup>81</sup> Nesse sentido, a “autoconstitucionalização” dos subsistemas sociais apareceria como um processo reflexivo, e ao mesmo tempo, de dupla clausura do sistema. A dupla clausura sistêmica permite a definição de fronteiras externas, e simultaneamente, a formação de uma identidade interna, sendo assim indispensável para a distintividade e autonomização sistêmica (autofundamentação). Quando se fala em dupla clausura, estão pressupostas duas ordens de clausura: a clausura de primeira ordem, que garante a autoprodução das operações sistêmicas, e a clausura de segunda ordem, que diz respeito à aplicação reflexiva das próprias operações às operações. Desse modo, a constituição é por excelência um produto do processo de dupla clausura sistêmica, onde normas reproduzem normas autorreferencialmente.<sup>82</sup> O “constitucionalismo societal é assim definido como acoplamento estrutural entre os mecanismos reflexivos do sistema jurídico e os mecanismos do setor social implicado”,<sup>83</sup> ou seja, a constituição pode ser gerada pelo acoplamento estrutural das instâncias reflexivas do direito com a de qualquer outro sistema. Pelo fato de ser um “processo duplo”, a constituição não pode ser reduzida nem a um fenômeno exclusivamente legal e nem a um fenômeno unicamente social. Essa duplicidade da constituição permite aos sistemas que a formam, externalizar uns para os outros, os paradoxos produzidos internamente com o objetivo de superá-los, como ocorreu no sistema político, com o paradoxo do “poder fundador” e a separação de poderes, e como hoje ocorre com o paradoxo do ciclo econômico, onde dinheiro produz mais dinheiro, demandando um imperativo por autolimitação sistêmica por meio da constitucionalização econômica, a fim de evitar o paradoxo econômico do bloqueio sistêmico total (solvente = insolvente), como observado na crise financeira de 2008.<sup>84</sup>

A autonomia das constituições sociais nunca são formas puramente autônomas, antes, eles sempre contêm elementos de heteronomia. Ela própria, precisa primeiro ser definida heteronomamente através de normas legais, e seguidamente, ser capaz de definir a si mesma.

#### 4.4 ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS

As estruturas constitucionais estão relacionadas ao surgimento de metacódigos sistêmicos híbridos.<sup>85</sup> Segundo a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, todo sistema social autopoietico adquire valores próprios (*Eigenvalues*), que controlam o oscilar autorreferencial dos sistemas entre um valor positivo e um valor negativo – a esse adereço sistêmico, denominamos de código binário. O sistema jurídico, orienta-se pelo código lícito/ilícito, enquanto a economia pelo ter/não-ter, a política pelo governo/oposição, a arte pelo belo/feio, dentre outros. O código da constituição (constitucional/inconstitucional), que permanece como processo de acoplamento estrutural entre dois sistemas autônomos, tem admitida precedência sobre o código do sistema jurídico (lícito/ilícito), e não admite a fusão de esferas sociais distintas, mas antes, visa garantir os processos autônomos das esferas sociais.

O código da constituição é um esquema observacional que cria, concomitantemente, dois diferentes mundos de sentido para o direito e para o sistema com o qual este se acopla. A hibridização dos códigos se opera através da observação mútua dos mesmos. Essa reciprocidade observativa (com o auxílio da programação sistêmica) revela o aspecto coevolutivo de alguns sistemas sociais, como entre sistema jurídico e sistema econômico. Princípios básicos do sistema econômico, no decorrer do processo evolutivo, transformaram-se em princípios jurídicos constitucionais, os quais variaram segundo os contextos históricos, tais como a propriedade, o contrato, o mercado, a sustentabilidade ecológica, dentre outros. Por meio da reintrodução das distinções sistêmicas no próprio sistema que produz as distinções, obtemos uma observação específica, à qual a teoria dos sistemas denomina *re-entry*. A observação da distinção direito/economia pelo próprio sistema jurídico, permite a ele reconstruir em sua interioridade toda a gama de princípios econômicos na forma de princípios legais.<sup>86</sup> Do mesmo modo, o sistema econômico faz a *re-entry* da diferença economia/direito dentro de sua própria malha operativa, observando princípios jurídicos segundo a racionalidade econômica. Disso extraímos a conclusão da existência de *re-entries* recíprocos entre uma pluralidade de subsistemas sociais. Nesse sentido, o código da constituição atua como metacódigo híbrido das codificações jurídica e econômica, de modo a orientar a reciprocidade observativa de ambos os sistemas, sem recorrer a determinações externas. A título de exemplo, cita-se o contrato e a propriedade, os quais podem designar coisas radicalmente diferentes no sistema econômico e no sistema jurídico, numa condição em que apenas uma “constituição econômica” poderia lidar com o bilinguismo dos diferentes sistemas,<sup>87</sup> atuando como uma verdadeira “instituição de ligação” (*binding institution*).

A inovação de Teubner está em defender a autonomia das subconstituições, trata-se de uma verdadeira despolitização da sociedade, já que essas constituições societárias têm como característica marcante o distanciamento progressivo com relação à política. No contexto de uma sociedade democratizada, Teubner concebe a existência de uma “esfera

pública” (*Öffentlichkeit*) que não se limita meramente a uma esfera intermediária entre o Estado e a sociedade, como o apregoado pela tradição que se apoia na diferença público/privado. A esfera pública agora passa a estar presente em todos os setores autônomos da sociedade, inclusive na economia, aliás, o dinheiro como “símbolo circulante” foi concebido na “esfera pública econômica”, o verdadeiro centro emanador da constituição econômica.

Na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, a política já não pode mais determinar os princípios fundamentais dos outros sistemas, ou seja, nenhum sistema da sociedade pode representar a totalidade da sociedade, nem mesmo o sistema político.<sup>88</sup> Os subsistemas devem ser capazes de gerar seus próprios mecanismos reflexivos, tornando a regulação política cada vez mais inadequada.<sup>89</sup>

## 5. DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSNACIONAIS, COLISÕES INTERCONSTITUCIONAIS E RESPONSABILIDADE

### 5.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ALÉM DO ESTADO E OS ATORES PRIVADOS TRANSNACIONAIS

A sociedade mundial encontra diante de si um novo desafio: a dificuldade de validar os direitos fundamentais nos âmbitos estatais, extra-estatais, internacionais, locais e privados (regimes privados e corporações transnacionais).<sup>90</sup> Com a diferenciação funcional das esferas da sociedade, desenvolvem-se também interdependências entre elas. Segundo Luhmann, essas interdependências são necessárias para a institucionalização de uma grande quantidade de “direitos fundamentais” (*Grundrechte*), os quais têm como principal função preservar a própria diferenciação social.<sup>91</sup> Nesse contexto, não seria incorreto estender a necessidade da validação dos direitos fundamentais também para os regimes transnacionais privados, como sugerem Ladeur e Viellechner.<sup>92</sup> Os direitos fundamentais nacionais devem encontrar seus equivalentes transnacionais, trata-se aqui do efeito horizontal dos direitos fundamentais, uma verdadeira interlegalidade.

Com a perda de força dos Estados nacionais, as questões concernentes a direitos fundamentais passaram, em certa medida, a fugir do controle estatal. A situação turbulenta da sociedade mundial diante da violação dos “direitos humanos” (*Menschenrechte*) – para falarmos numa semântica mais ampla – tem se tornado um problema constantemente suscitado pelas organizações não governamentais, especialmente através de “movimentos de protesto” (*Protestbewegungen*) cada vez mais volumosos. Trata-se aqui daquilo que Andreas Fischer-Lescano denominou de *colère publique* mundial, ao apropriar-se de um conceito de Durkheim, e ao mesmo tempo utilizar uma abertura interpretativa possibilitada por Luhmann na discussão acerca do paradoxo dos direitos humanos.<sup>93</sup> Essa *colère publique* mundial, que decorre da violação dos direitos humanos, estaria ligada aos processos de escândalo que emergiriam

do desapontamento das expectativas normativas da sociedade mundial. Para Fischer-Lescano, muitos direitos fundamentais passariam a ser validados a partir da consideração de processos mundiais de escândalo. Teubner discorda das conclusões de Fischer-Lescano, no sentido de que apesar da averiguação de Luhmann, de acordo com a qual a ordem jurídica do direito mundial se assemelharia com formas organizatórias das sociedades tribais (aproximando-se da *colère publique* de Durkheim), seria necessário, antes, a institucionalização desses direitos, a fim de ancorar as expectativas normativas e possibilitar seu reconhecimento, secundarizando o aspecto da mera *colère publique*.

Apesar do ceticismo que ronda a validação concreta das normas de direitos fundamentais nos regimes globais privados, órgãos como os tribunais arbitrais, que estão por trás do julgamento dos casos relacionadas ao comércio internacional (*lex mercatoria*) e à internet (*lex digitalis*), por exemplo, demonstram cada vez mais a efetiva presença de respeito a direitos fundamentais em suas decisões.<sup>94</sup> Nesse sentido, os efeitos dos direitos fundamentais se propagariam para além do âmbito de ação estatal, estabelecendo-se como uma estrutura horizontal e basilar da sociedade mundial. Os direitos fundamentais surgem historicamente com o Estado,<sup>95</sup> com a finalidade de proteger as estruturas diferenciadas da sociedade moderna contra as tendências desdiferenciantes do sistema político.<sup>96</sup> Com a constitucionalização da sociedade global, não se limitando apenas ao sistema político, surge a demanda pelo ajuste dos direitos fundamentais às racionalidades e normatividades específicas das diferentes sub-áreas sociais,<sup>97</sup> ou seja, uma necessária reespecificação dos direitos fundamentais nos diferentes contextos sociais.

Uma das importantes questões que emergem do debate concernente a direitos fundamentais é o chamado “efeito inclusivo” (ou inclusão) que eles podem proporcionar nas diferentes esferas, especialmente em referência ao chamado “direito ao acesso” com relação às prestações básicas de determinados sistemas. Segundo Luhmann, “o conceito de inclusão significa a incorporação da população global às prestações básicas dos distintos sistemas funcionais da sociedade”, tendo em vista “de um lado, o acesso às prestações, e de outro, as dependências que decorrem dos distintos modos de vida individual”.<sup>98</sup> Essa demanda por inclusão de toda população em cada sistema funcional representa a lei básica da diferenciação funcional da sociedade moderna.<sup>99</sup> Todavia, apesar do imperativo por inclusão, a modernidade traz consigo, paradoxalmente, a exclusão de grande parte da população mundial.<sup>100</sup> Trata-se de um problema de “inclusão defeituosa”, que se agudizou graças à aceleração do processo de modernização social a nível global, o que acarretou uma série de disparidades sociais, dada a diversidade dos modos de desenvolvimento regional.<sup>101</sup> A grande consequência negativa que disso provém, é que “a exclusão de um âmbito funcional impede a inclusão em outros âmbitos”,<sup>102</sup> gerando aquilo que podemos denominar de “cadeias de exclusão”. As cadeias de exclusão são produzidas quando a extensão do grau de exclusão atinge por exemplo, as condições de extrema pobreza com relação ao código ter/não ter do sistema econômico, tornando inevitável a exclusão

às prestações de outros sistemas funcionais, tais como a escolarização, a proteção legal, a estabilidade familiar, dentre outras.<sup>103</sup> Essas cadeias de exclusão não são um legado das sociedades tradicionais, mas sim um produto da própria modernidade. Diante disso, o problema da diferença inclusão/exclusão passa a ser um problema que corta ortogonalmente todos os sistemas funcionais da sociedade, “como uma espécie de metacódigo mediatizador de todos os demais códigos”.<sup>104</sup>

Em face das tendências de exclusão na sociedade moderna, o constitucionalismo societal auxilia com a construção de garantias contrainstitucionais nos diferentes âmbitos sociais, visando conter os paradoxais efeitos perversos de uma sociedade funcionalmente diferenciada. As constituições societais trazem em seu bojo direitos fundamentais que não se limitam a meras garantias individuais, mas antes, buscam garantir a inclusão da população nos sistemas funcionais.<sup>105</sup> Algumas racionalidades setoriais sistêmicas tendem à violação dos direitos fundamentais por conta de suas tendências expansionistas.<sup>106</sup> Essa tendência não se reduz apenas ao *medium* do poder, como insiste Foucault, mas antes, estende-se a outros subsistemas sociais.<sup>107</sup> Nesse contexto, Teubner prefere falar em *matrizes comunicativas anônimas*, tais como as instituições, os discursos e os sistemas, em face dos quais surgem três diferentes dimensões de direitos fundamentais: (i) *direitos institucionais* – que protegem a autonomia dos processos sociais em face das tendências totalizadas das matrizes comunicativas; (ii) *direitos pessoais* – que protegem os espaços comunicativos autônomos dentro da sociedade, atribuídos não às instituições, mas aos artefactos sociais chamados ‘pessoas’; (iii) *direitos humanos* – que cuidam do ambiente psíquico e físico dos indivíduos como ‘corpo e mente’, em face da comunicação social e intentos expansionistas das matrizes.<sup>108</sup> Essa formação tridimensional dos direitos fundamentais permitiria resguardar os processos sociais autônomos, as pessoas como artefactos sociais, e os seres humanos como “corpo e mente”, das tendências expansionistas advindas das “matrizes anônimas”. Analisado o espectro de abrangência dos direitos fundamentais policontextualizados por meio das constituições societais, faz-se necessário agora direcionar-se para a possibilidade das “colisões” interconstitucionais que podem vir à tona com a fragmentação constitucional.

## 5.2 COLISÕES ENTRE CONSTITUIÇÕES E RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL

A imagem oferecida pelo constitucionalismo societal no contexto da globalização é, naturalmente para Teubner, a dos fragmentos constitucionais.<sup>109</sup> Nesse cenário, o conflito entre regimes jurídicos transnacionais é inevitável. Segundo Teubner, são basicamente quatro situações de conflito passíveis de identificação: (i) conflitos entre normas de dois ou mais regimes internacionais aplicáveis ao mesmo tipo de caso; (ii) conflitos decorrentes de quando uma corte, num determinado regime jurídico, depara-se com a possibilidade de usar normas de outros regimes; (iii) conflitos produzidos quando a mesma questão jurídica já analisada por

uma corte, é submetida a outra; (iv) conflitos gerados por diferentes tribunais internacionais, ao interpretarem de modos diferentes as mesmas normas jurídicas.<sup>110</sup>

Diante da heterarquia entre as constituições e os respectivos tribunais vinculados a elas no plano da sociedade mundial, é inevitável o surgimento de forças centrífugas. “No interior dos subsistemas da sociedade mundial – na política internacional, na economia global, no direito e na ciência – autoridades de coordenação central tem uma presença débil”. A possibilidade de coordenação entre sistemas e regimes permanece fraca ainda no âmbito global. Esse problema de descoordenação se agrava ainda mais com a presença de “regimes hegemônicos” que pressionam constantemente as racionalidades parciais de outros regimes, de modo manipulativo.<sup>111</sup> Apenas a criação de contrainstituições dos regimes societários seriam capazes de frear o imperialismo dos regimes hegemônicos.

Os problemas que brotam das múltiplas disputas heterárquicas no seio do pluralismo constitucional precisam ser solvidos. A construção de uma forma de metaconstitucionalismo seria, nessas condições, importante para a criação de uma integração mínima necessária entre os regimes jurídicos, visando a resolução dos conflitos. Em face dos conflitos interconstitucionais, as formas de solução mais viáveis podem ser, por um lado, a *internalização*, que consiste na reconstrução das normas de outro regime no foro interno da constituição que sofre colisão, ou por outro lado, a *externalização*, que corresponde à realocação dos conflitos em regimes de cooperativos de decisão.

Os conflitos entre regimes trazem questões de origem completamente novas, especialmente pelo fato de grande parte desses regimes estarem desligados dos limites territoriais das nações. Eles são transnacionais, e desse modo, as fronteiras territoriais são substituídas por fronteiras funcionais.<sup>112</sup> Nesse cenário, Teubner fala no aparecimento de “redes normativas” que se relacionam heterarquicamente.<sup>113</sup> Seguindo Ladeur, superando a teoria jurídica da supranacionalidade, o conceito de “rede” (*network*) apresenta maior adequabilidade. A centralização na forma de rede é diferente da centralização formal hierárquica, pois o centro de uma rede é apenas *primus inter pares*.<sup>114</sup> Ou seja, não se tratam de centros, propriamente ditos, mas sim de “nós” (*nodes*) que se formam de modo descentralizado, criados segundo a arquitetura de conexões possíveis, estabelecidas de antemão pelas próprias redes. O desafio aqui, seria combinar dois requerimentos contraditórios inerentes às redes: o primeiro corresponde à procura de uma possível compatibilização entre as normas conflitantes dos regimes em questão, e o segundo, seria o desafio de se assumir um ponto comum às perspectivas para a criação de novas normas.

Outra forma de conflito averiguável nas atuais condições sociais é o conflito intercultural.<sup>115</sup> O policentrismo cultural traz à tona uma inevitável situação colisão entre a pluralidade de normas advindas de diferentes culturas. Aqui, faz-se especial referência às colisões interculturais que ocorrem, particularmente, quando a diferenciação funcional dos regimes transnacionais se confronta com as culturas tradicionais, como por



exemplo com os povos indígenas das sociedades periféricas.<sup>116</sup> Daqui, não emerge uma segunda forma de fragmentação, mas antes, trata-se de uma espécie de colisão que também deve ser levada em consideração entre os fragmentos constitucionais. Para Teubner, “a hiperestrutura da sociedade moderna globalizada precisa ser forçada a respeitar as intangibilidades das culturas regionais”.<sup>117</sup> Nessas condições, seria necessária a construção de princípios constitucionais que estabelecessem soluções capazes de permitir a autonomia da tradição, ou seja, a teoria constitucional deve ampliar sua capacidade observativa, que se encontra voltada apenas para conflitos entre os subsistemas da sociedade global funcionalmente diferenciada, e passar a se preocupar também com os conflitos que se originam entre o primado da diferenciação funcional global e as culturas regionais socialmente enraizadas. Para isso, é de fundamental importância o aumento de sensibilidade do direito moderno para a compreensão da linguagem específica das culturas regionais,<sup>118</sup> especialmente quando os conflitos em questão digam respeito a direitos fundamentais.

Além dos conflitos entre regimes e dos conflitos interculturais, diante do constitucionalismo societal, colocam-se também as questões finais do princípio da justiça e da sustentabilidade (responsividade). Os bloqueios à hipertrofia do sistema econômico e as dificuldades provocadas pelos problemas com a preservação dos ambientes (social, humano e natural) parecem se impor como os últimos e grandes desafios da sociedade mundial.<sup>119</sup> Suscitar questões inerentes à sustentabilidade no âmbito sistêmico, depende do fortalecimento das irritações provindas dos ambientes intrassocial e extrassocial. O constitucionalismo societal permite que as questões concernentes à sustentabilidade sejam suscitadas no interior dos sistemas sociais implicados. Todavia, “nós podemos ver que a grande autonomia dos sistemas funcionais globais demandam um novo tipo de sustentabilidade”,<sup>120</sup> e ao mesmo tempo novas formas de sensibilização com relação aos diferentes ambientes. Com o auxílio da atuação do constitucionalismo societal, a nova sustentabilidade seria capaz de agir em favor da prevenção às tendências destrutivas provocadas pelos sistemas sociais globais.<sup>121</sup>

## 6. CONCLUSÃO E CRÍTICA

Diagnosticando a fragmentação constitucional da sociedade global, apresentamos uma análise concernente às novas questões que emergem para a teoria constitucional. Num contexto onde os Estados nacionais perdem proeminência e o capitalismo se torna global (Brunkhorst), o pluralismo jurídico transnacional toma espaço, na medida em que emerge um “direito espontâneo”, capaz de produzir uma gama de constituições societais (Sciulli) nos mais diversos âmbitos sociais. Tratam-se das chamadas “constituições civis globais” (*globale Zivilverfassungen*), pertencentes à esteira do “pluralismo constitucional para além do Estado” (Teubner). Segundo nossa análise, o surgimento das constituições civis setoriais, como mecanismos de reação à expansividade sistêmica, proporcionou ao

sistema jurídico um papel de extrema importância na sociedade moderna, em especial no que diz respeito ao seu potencial normativo para combater as “ordens sociais reificadas”,<sup>122</sup> que se tornam ameaçadoras nas formas de economização, politização, cientificação, das esferas autônomas da sociedade. Todavia, em que pesem as possibilidades positivas da pluralização dos âmbitos de alcance constitucional, por meio da fragmentação social e do constitucionalismo societal, essas condições podem trazer consigo uma série de limitações e até mesmo riscos para a manutenção de uma sociedade funcionalmente diferenciada.

Para Thomas Vesting, o constitucionalismo societal possui duas concepções, uma fraca e outra forte. O conceito fraco de constitucionalismo societal diz respeito à simples institucionalização de elementos constitucionais em uma série de setores globais, como as redes transnacionais e a internet (*lex informatica*), nos quais poderiam se desenvolver normas jurídicas fundamentais específicas de cada esfera. Segundo ele, essa tese seria plausível.<sup>123</sup> Por outro lado, Vesting se declara cético com relação ao estabelecimento de um constitucionalismo societal forte para além do acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político, como quer Teubner.<sup>124</sup> O “constitucionalismo livre” de Teubner desconsideraria processos peculiares ao sistema político para a formação de constituições em outras esferas autônomas da sociedade. Segundo ele “a primeira objeção pode ser formulada no âmbito da estrutura da própria teoria dos sistemas: se a constituição é o produto de um acoplamento específico desde a segunda metade do século XVIII, o conceito constitucional não pode simplesmente ser separado da sua contrapartida política e recolocado em outros subsistemas, tal como a economia, a ciência ou a internet. Se a política é eliminada do acoplamento estrutural da ‘constituição’, resta apenas o direito”.<sup>125</sup> Nesses termos, o desafio que é imposto às constituições civis de Teubner está na comprovação de sua real estabilidade, tendo em vista a vagueza e volatilidade de certas constituições, como a constituição digital. Para Vesting, diante de tais condições, seria mais prudente rejeitar a teoria constitucional para o âmbito das esferas autônomas da sociedade global, e substituí-la simplesmente por uma teoria legal.<sup>126</sup>

Por outro lado, a crítica de Marcelo Neves ao modelo de Gunther Teubner não apresenta menos contundência que a de Thomas Vesting. Enquanto Vesting se preocupa com os problemas que a ampliação da teoria constitucional a âmbitos além do político, Neves tem como alvo central a questão da fragmentação das ordens constitucionais. O uso do termo “fragmentação” para designar “a falta de unidade do direito na sociedade mundial” tem se tornado cada vez mais comum nos planos da teoria do direito internacional público e das ordens jurídicas transnacionais.<sup>127</sup> Para Neves, do ponto de vista sistêmico-funcional, “o mero reconhecimento da fragmentação” não constitui uma alternativa, antes indica, “o excesso (...) de realismo na abordagem dos problemas jurídicos da sociedade mundial”.<sup>128</sup> A fragmentação, por si apenas, não pode promover a integração sistêmica como almeja Teubner, pelo contrário, podem surtir efeitos destrutivos e paralisantes com relação aos outros



fragmentos caso permaneçam sem nenhuma forma de conexão. Neves está preocupado em dar um sentido funcional aos estilhaços, e para isso propõe o transconstitucionalismo,<sup>129</sup> “como um modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial”,<sup>130</sup> no qual as diferentes ordens jurídicas observariam umas às outras de maneira recíproca, graças a uma *racionalidade transversal* que potencializaria a capacidade de aprendizado geral das constituições. “O transconstitucionalismo, ao oferecer *pontes de transição* entre ordens jurídicas, em princípio fragmentadas, serve à estruturação do sistema jurídico, sem levar a uma unidade hierárquica última”, trata-se de uma “estrutura reflexiva do sistema jurídico mundial”.<sup>131</sup> A conexão transversal dos fragmentos aparece no modelo de Neves como uma potencial solução para a complicada tarefa de uma “tecelagem” dos fragmentos.<sup>132</sup> Certamente, a teoria de Teubner dos fragmentos constitucionais produziu importantes avanços e pertinentes diagnósticos, ao mesmo tempo em que abriu um imenso leque para a reformulação de uma série de obsoletas premissas da teoria tradicional. Porém, tal como criticam Vesting e Neves, o modelo ainda possui limitações, e deve ser colocado à prova, no sentido de se mostrar factível e ao mesmo tempo capaz de dar conta de promover efeitos funcionais e estruturantes para uma nova teoria constitucional da sociedade global, “sem vértice e nem centro”.<sup>133</sup>

Indo além das limitações observadas por Vesting e Neves, a fim de aprofundarmos as críticas que podem ser feitas ao modelo teubneriano, ainda fica em questão o problema de se os “processos de constitucionalização” dos sistemas sociais seriam capazes de conter a “alienação” (*Entfremdung*) de um sistema social por outro, considerando o momento no qual a sociedade global se encontra. Observamos que apesar da pluralidade de sistemas funcionais, o sistema econômico sob a roupagem do capitalismo neoliberal, vem se apropriando de grande parte das lógicas funcionais presentes na sociedade, sendo inclusive capaz de subverter a autorreferência dos sistemas sociais em favor da racionalidade econômica. Não se trata aqui de negar a existência de sistemas funcionais, mas sim de advertir que na sociedade global a autonomia desses sistemas é muitas vezes “alienada” pela racionalidade econômica, de modo com que a autorreferência do sistema alienado (direito, política) se torne a própria autorreferência do sistema alienante (economia). Podemos formular aqui o conceito de “alienação sistêmica”, o qual aprofundaria o próprio conceito de “alopoiesis” defendido por Neves. A ideia de alienação teria consequências mais radicais que a própria alopoiesis, na medida em que não se trataria mais da mera reprodução do sistema invadido pelo sistema invasor, mas antes, da própria troca de referência sistêmica, que agora passaria a ser fornecida pelo sistema alienante. Nesse sentido, parafraseando Hegel,<sup>134</sup> o sistema alienado se perceberia como o próprio sistema alienador.

Sob as condições alienantes proporcionadas pela hiperexpansividade econômica, questiona-se de que modo um “Direito economicamente alienado” seria capaz de constitucionalizar a sociedade em seus múltiplos âmbitos funcionais. Antes, seria essencial que o Direito reagisse

mimeticamente frente ao mundo “fetichizado” produzido pela economia, através especialmente da criação de novas “redes” e “organizações”, na forma de contra instituições, que o desenraizassem progressivamente dos grilhões da economia. Nesse sentido, o primeiro passo estaria na autolibertação do direito e na domesticação do sistema econômico por meio de sua constitucionalização, na forma de medida terapêutica. E então, apenas a partir disso, poderíamos vislumbrar uma genuína constitucionalização dos demais sistemas da sociedade, os quais se libertariam progressivamente do enraizamento econômico da sociedade moderna.

## >> REFERÊNCIAS

- Bachur, João Paulo. (2012)** "Inclusão e exclusão na teoria dos sistemas sociais: um balanço crítico". In: *BIB*. São Paulo, n° 73, 1º semestre de 2012, p. 55-83.
- Backer, Larry Catá.** "The Structure of Global Law: fracture, fluidity, permeability and polycentricity". *CPE Working Papers*, n. 2012-7, Carlisle, Penn State Law, Research Paper No. 15-2012, p. 102-122.
- Baecker, Dirk. (2011)** *The Hitler swarm*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1919472](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919472). Acesso em: 19 de jun. 2012. p. 1-28.
- Berman, Harold. (1996)** *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Brunckhorst, Hauke**
- (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, pp. 7-38.
- (2011b) "Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além." In: *RBCS*, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30.
- (2009) *Ilusões de factibilidade, declarações festivas e cantorias: Sobre a relação entre evolução e revolução no direito*. Civitas: Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 440-458. set.-dez. 2009.
- (2005) *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Cambridge: MIT Press.
- (2001) "Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft." In: *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Suhrkamp: Frankfurt am Main. pp. 605-626.
- Buckel, Sonja & Fischer-Lescano, Andreas. (2009)** "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global". In: *Revista Direito GV*, São Paulo. 5(2), pp. 471-490, jul-dez. 2009.
- Eisenstadt, Shmuel. (2000)** "Multiple Modernities". *Daedalus*, Vol. 129, No. 1 (Winter, 2000), pp. 1-29.
- Elmauer, Douglas. (2013)** "Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 855-864, jan./dez. 2013.
- Fischer-Lescano, Andreas.**
- (2013) "Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie." In: AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (hrsg.). *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013.
- (2007) "Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el Derecho Mundial emergente". In: *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30. p. 435-450.
- Fischer-Lescano, Andreas & Teubner, Gunther.**
- (2012) "Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global". In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012. [Versão em inglês: "Regimime-collision. The vain search for legal unity in the fragmentation of global law". In: *Michigan Journal of International Law*. vol. 25, p. 999-1046].
- (2008) "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?" In: GRABER, Ch. & BURRI-NENOVA, M. (eds.). *Traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Elgar, 2008. p. 1-20.
- Gonçalves, Guilherme Leite. (2013)** *Direito entre certeza e incerteza*. São Paulo: Saraiva.
- Grimm, Dieter. (2010)** "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World". In: LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford, p. 3-22.

**Habermas, Jürgen.**

(2010) *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi.

(2001) *Teoría de la acción comunicativa*. 2 vols. Madri: Taurus.

**Hegel, G. W. F. (2001)** *Fenomenologia do Espírito*. 2 vols. Petrópolis: Vozes.

**Heller, Hermann. (1968)** *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou.

**Höffe, Otfried. (2005)** *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes.

**Kjær, Poul**

(2010). *Law and Order within and Beyond National Configurations*. p. 1-48. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687013](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687013). Acesso em 12 jan. 2013.

(2009). "The under-complexity of democracy". In: FISCHER-LESCANO, A., CALLIESS, G.-P., WIELSCH, Dan & ZUMBANSEN, P. (eds.). *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*. Berlin: De Gruyter Verlag, p. 531-542.

**Koselleck, R. (2006)** "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung".

In: *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 365-401.

**Koskeniemi, Martti (2011)**. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing.

**Loewenstein, Karl. (1983)** *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel.

**Luhmann, Niklas**

(2010 [1965]) *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana.

(2007) *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. [Versão original: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997].

(2007b) *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza.

(2005) *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. [Versão original: *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1993].

(2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

(1997b) "Limits of steering". In: *Theory, Culture & Society* 1997, vol. 14 (1), London, Thousand Oaks and New Delhi: Sage, p. 41-57.

(1995) "Jenseits von Barbarei". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 138-150.

[Versão em inglês: "Beyond barbarism". In: MOELLER, Hans-Georg. (2006) *Luhmann Explained: from souls to system*. Illinois: Open Court, p. 261-272].

(1995b) "Metamorphosen des Staates". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 101-137.

(1994) "Inklusion und Exklusion." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion". In: *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 167-195].

(1993) "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 229-236.

(1990). "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechts-historisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, pp. 176-220.

(1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

(1985). *Poder*. Brasília: Editora UnB.

(1983) *Sociologia do direito*. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

(1981) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- (1980) "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition." In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 1. Frankfurt: Suhrkamp. p. 9-71.
- (1976) "Evolution und Geschichte." In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 150-169.
- (1975) "Die Weltgesellschaft". In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71.
- (1966) "Reflexive Mechanismen". In: *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112.
- McIlwain, Charles Howard. (1947)** *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Cornell University Press.
- Neves, Marcelo.**
- (2007) *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- (2006) *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes.
- Polanyi, Karl (2000)**. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Preuß, Ulrich K. (2010)** "Disconnecting constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?" In: DOBNER, Petra & LOUGHLIN, Martin (eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 23-46.
- Schluchter, W. (1981)** *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Los Angeles: University California Press.
- Schmitt, Carl. (1979)** *El nomos de la Tierra*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Sciulli, David. (1992)** *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- Stichweh, Rudolf. (2000)** *On the genesis of World Society*. Disponível em: [www.uni-bielefeld.de/\(en\)/soz/iw/pdf/stichweh\\_2.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/(en)/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf). Acesso em 20 mar. 2013. p. 1-24.
- Stichweh, R. (2011)** "Towards a General Theory of Function System Crisis" In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 53-72.
- Streeck, Wolfgang. (2011)** *The crisis in context: democratic capitalism and its contradictions*. MPIfG Discussion Paper 11/15. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln. p. 1-23.
- Teubner, Gunther & Graber, Christoph B. (1998)** "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73.
- Teubner, Gunther.**
- (2012) *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011) "A constitutional moment? The logics of 'hitting bottom'" In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 9-51.
- (2009) *Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of Law?* Disponível em: [www.uni-frankfurt.de/](http://www.uni-frankfurt.de/). Acesso em 20 out. 2010. p. 1-22.
- (2006) "The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors". In: *The Modern Law Review*. Malden, vol. 69, n. 3, p. 327-346.
- (2005) "La constitucionalización de la sociedad global". In: *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: ARA Editores. p. 69-111.
- Thornhill, Chris.**
- (2011) *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological*

*perspective*. New York: Cambridge University Press.

(2008) "Towards a historical sociology of constitutional legitimacy". In : *Theory Sociology*, vol. 37, p. 161-197.

**Trubek, David. (2007)** "O novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek." In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). *Cadernos Direito GV*. vol. 4, n. 5, set. 2007. pp. 5-38.

**Vesting, Thomas. (2004)** "Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner". In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, pp. 29-39.

**Villas Bôas Filho, Orlando. (2013)** "Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

**Wiethölter, Rudolf. (2005)** "Just-ifications of a Law of Society." In: PEREZ, Oren & TEUBNER, Gunther (eds.). *Paradoxes and inconsistencies in the Law*. Oxford: Hart, p. 65-77.

## >> NOTAS

- <sup>1</sup> KOSELLECK, R. (2006) "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung". In: *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 365-401, (esp. p. 369). Nas palavras de Koselleck, "(...) wie der Ausdruck Verfassung ist auch die Verfassungsgeschichte ein Produkt unserer Neuzeit".
- <sup>2</sup> LUHMANN, N. (1980) "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition." In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 1. Frankfurt: Suhrkamp. p. 9-71. (esp. p. 21).
- <sup>3</sup> LUHMANN, N. "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechts-historisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, 1990, p. 176. Para uma interessante análise do conceito de constituição moderna, ver esp. McLWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Cornell University Press, 1947, p. 123 e ss.
- <sup>4</sup> Cf. LUHMANN, N. (2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 391 e ss.; LUHMANN, N. (2005) *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, p. 540 e ss. [Versão original: *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1993, p. 470 e ss.].
- <sup>5</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 169.
- <sup>6</sup> Cf. HOBSBAWM, Eric. *A Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 18.
- <sup>7</sup> BRUNKHORST, Hauke. "Ilusões de factibilidade, declarações festivas e cantorias: Sobre a relação entre evolução e revolução no Direito". *Civitas: Porto Alegre*, v. 9, n. 3, p. 440-458. set.-dez. 2009, p. 449-450.
- <sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1 e ss. Em certa medida, Luhmann também se presta a dar as primeiras direções para a discussão desse tema, para tanto, ver esp. LUHMANN, Niklas (1995b) "Metamorphosen des Staates". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp. pp. 101-137, (esp. p. 101 e 117).
- <sup>9</sup> GRIMM, Dieter. "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World". In: LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford, p. 3-22. (esp. p. 3).
- <sup>10</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global". In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012. p. 105. [Versão em inglês: TEUBNER & FISCHER-LESCANO (2004). "Regimime-collision. The vain search for legal unity in the fragmentation of global law". In: *Michigan Journal of International Law*. vol. 25. p. 1000]. Ver também BACKER, Larry Catá. "The Structure of Global Law: fracture, fluidity, permeability and polycentricity". CPE Working Papers No. 2012-7, Carlisle, Penn State Law, Research Paper No. 15-2012, p. 102-122 (esp. p. 106). Sobre a emergência da "sociedade mundial, ver esp. STICHWEH, Rudolf. (2000) *On the genesis of World Society: innovations and mechanisms*. Disponível em: [www.uni-bielefeld.de/\(en\)/soz/iw/pdf/stichweh\\_2.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/(en)/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf). Acesso em 20 mar. 2013. p. 1-24.
- <sup>11</sup> LUHMANN, N. (1975) "Die Weltgesellschaft". In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71, (esp. p. 55). Ver também, LUHMANN, N. (1976) "Evolution und Geschichte." In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 150-169, (esp. p. 154); e LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp. 1981, p. 150.
- <sup>12</sup> Cf. LUHMANN, N. (2007) *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. p. 828. [Versão original: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1997, p. 1045]. Sobre

a formação do Estado moderno ver esp. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 157 e ss.; SCHMITT, Carl. *El nomos de la Tierra*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1979, p. 164. Numa posição divergente das de Heller e Schmitt, Berman considera que a origem do Estado moderno está ligada à “Revolução Papal” dos séculos XI e XII, para tanto ver esp. BERMAN, Harold. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 124-6.

- <sup>13</sup> LUHMANN, N. (1983) *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 2, p. 52.
- <sup>14</sup> LUHMANN, N. *Sociologia do direito*, vol. 2, p. 165.
- <sup>15</sup> KJÆR, Poul (2009). “The under-complexity of democracy”. In: FISCHER-LESCANO, A., CALLIESS, G.-P., WIELSCH, Dan & ZUMBANSEN, P. (eds.). *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*. Berlin: De Gruyter Verlag, p. 532
- <sup>16</sup> BRUNKHORST, H. (2011b) “Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além.” In: *RBCS*, vol. 26, n. 77 out. 2011, p. 26. A referida passagem de Hauke Brunkhorst se inspira no movimento triádico provindo da lógica dialética do idealismo alemão (Fichte, Schelling, Hegel). No modelo hegeliano, o Espírito [*Geist*] (entendido como último momento da tríade “Ideia-Natureza-Espírito”), no decorrer do processo dialético, corresponde primeiramente ao Espírito Subjetivo (*em si*), depois ao Espírito Objetivo (*para si*) e por fim ao Espírito Absoluto (*em si e para si*), completando assim seu movimento de tomada de consciência de si próprio (autoconsciência [*Selbstbewußtsein*]). Para mais detalhes, ver esp. HEGEL, G. W. F. (2001) *Fenomenologia do Espírito*. vol. 2, p. 7 e ss.
- <sup>17</sup> Cf. NEVES, Marcelo. (2006) *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, p. 259.
- <sup>18</sup> TEUBNER, G. (2005a) “La constitucionalización de la sociedad global”. In: *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Lima: ARA Editores. p. 69-111.
- <sup>19</sup> SCIULLI, David. (1992) *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- <sup>20</sup> Cf. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 3.
- <sup>21</sup> Cf. TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”, p. 74, e TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 8. Apoiando essa iniciativa criticada por Teubner, quanto a uma “política interna mundial” ver esp. HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 131 e ss.; e HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 347 e ss. e 502 e ss. Criticando essa perspectiva, considera Villas Bôas que “o projeto de uma política interna mundial de caráter democrático assume uma conotação irrealista.” VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. “Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013, p. 689.
- <sup>22</sup> Cf. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” In: *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Suhrkamp: Frankfurt am Main. pp. 605-626 (esp. p. 617).
- <sup>23</sup> Segundo Brunkhorst, “Hegemoniales Recht ist alles Recht, das ohne hinlängliche und direkte Repräsentation aller betroffenen Interessen zustande kommt”. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” p. 620.
- <sup>24</sup> Cf. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” p. 618-9. Marcelo Neves falará em “alopoiesis” do Direito, para mais detalhes, ver esp. NEVES, M. (2007) *A constitucionalização simbólica*. p. 127 e ss.
- <sup>25</sup> Cf. TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”, p. 74.
- <sup>26</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 9.
- <sup>27</sup> TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”. p. 78.



- <sup>28</sup> Cf. BRUNKHORST, Hauke. (2005) *Solidarity*. Cambridge: MIT Press, p. 113.
- <sup>29</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 10.
- <sup>30</sup> BRUNKHORST, H. (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, p. 27.
- <sup>31</sup> Acerca da questão da exclusão na ótica sistêmica, e seus desdobramentos, ver esp. LUHMANN, N. (1994) "Inklusion und Exklusion." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion". In: *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta. pp. 167-195, 1998]. LUHMANN, Niklas (1995) "Jenseits von Barbarei". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp. pp. 138-150. [Versão em inglês: "Beyond barbarism". In: MOELLER, Hans-Georg. (2006) *Luhmann Explained: from souls to system*. Illinois: Open Court, p. 261-272]. Seguindo, em grande medida Rudolf Stichweh, Teubner se questiona sobre a possibilidade da diferença inclusão/exclusão se converter no metacódigo do século XXI, que mediatizaria todos os demais códigos binários dos subsistemas sociais na sociedade moderna funcionalmente diferenciada. Para mais detalhes, ver esp. TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 72-3. Para um estudo específico sobre a diferença inclusão/exclusão na teoria dos sistemas, ver BACHUR, João Paulo. (2012) "Inclusão e exclusão na teoria dos sistemas sociais: um balanço crítico". In: *BIB*. São Paulo, n.º 73, 1.º semestre de 2012, p. 55-83.
- <sup>32</sup> Para um pertinente análise do contexto da crise financeira de 2008, bem como sobre a relação entre capitalismo e democracia, ver esp. STREECK, Wolfgang. (2011) *The crisis in context: democratic capitalism and its contradictions*. MPIfG Discussion Paper 11/15. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln. p. 1-23. Sobre o conceito de "crise" como "curto circuito" na reprodução autopoiética, ver esp. KJÆR, Poul. (2010) *Law and Order within and Beyond National Configurations*, p. 4. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687013](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687013). Acesso em 12 jan. 2013.
- <sup>33</sup> BRUNKHORST, H. (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, p. 28. Acerca do tema, ver também, TEUBNER, G. (2011a) "A constitutional moment? The logics of 'hitting bottom'". In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 9-51.
- <sup>34</sup> TEUBNER, Gunther & GRABER, Christoph B. (1998) "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73, (esp. p. 65).
- <sup>35</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 13.
- <sup>36</sup> Idem, p. 14. No que concerne à diversidade cultural, e aos conflitos entre diferentes primados de diferenciação social, ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?" In: GRABER, Ch. & BURRI-NENOVA, M. (eds.). *Traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Elgar, 2008. p. 1-20. No sentido de uma análise que concerne a uma multiplicidade de modernidades, ver esp. EISENSTADT, Shmuel. "Multiple Modernities". *Daedalus*, Vol. 129, No. 1 (Winter, 2000), pp. 1-29.
- <sup>37</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 15.
- <sup>38</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 23. Para mais detalhes sobre a constituição dos regimes fascistas, ver esp. THORNHILL, Chris. *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 310 e ss. Para uma diferenciação pertinente entre totalitarismo e autoritarismo ver esp. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 75 e ss.

- <sup>39</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 30. Para uma crítica ao dirigismo político na perspectiva de uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada, ver esp. LUHMANN, Niklas. (1997b) "Limits of steering". In: *Theory, Culture & Society* 1997, vol. 14 (1), London, Thousand Oaks and New Delhi: Sage, p. 41-57, (esp. 48). Para conferir o texto original, ver LUHMANN, Niklas (1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 324-349.
- <sup>40</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 31.
- <sup>41</sup> Idem, p. 31.
- <sup>42</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 35. Para mais detalhes acerca da argumentação de Wiethölter, ver esp. WIETHÖLTER, Rudolf. (2005) "Just-ifications of a Law of Society." In: PEREZ, Oren & TEUBNER, Gunther (eds.). *Paradoxes and inconsistencies in the Law*. Oxford: Hart, p. 65-77, (esp. 70).
- <sup>43</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 35.
- <sup>44</sup> TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 38, e TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 81 e ss.
- <sup>45</sup> SCIULLI, David. (1992) *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- <sup>46</sup> Sobre a análise weberiana do processo de racionalização ocidental, ver esp. SCHLUCHTER, Wolfgang. (1981) *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Los Angeles: University California Press, p. 129.
- <sup>47</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 39.
- <sup>48</sup> Cf. SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism*, p. 67.
- <sup>49</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 41.
- <sup>50</sup> TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 87.
- <sup>51</sup> Idem, p. 87.
- <sup>52</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 42.
- <sup>53</sup> Idem, p. 43.
- <sup>54</sup> Sobre esse tema, ver esp. PREUß, Ulrich K. "Disconnecting constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?" In: DOBNER, Petra & LOUGHLIN, Martin (eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 23-46.
- <sup>55</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 45-46.
- <sup>56</sup> Cf. KOSKENIEMMI, M. (2011). *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, p. 334.
- <sup>57</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 59-60.
- <sup>58</sup> Idem, p. 49.
- <sup>59</sup> Idem, p. 53-54.
- <sup>60</sup> Idem, p. 55.
- <sup>61</sup> Idem, p. 59-60.
- <sup>62</sup> Sobre o conceito de "poder" (*Macht*), na teoria dos sistemas sociais, ver esp. LUHMANN, Niklas. (1985) *Poder*. Brasília: Editora UnB, p. 5 e ss.
- <sup>63</sup> Idem, p. 60.
- <sup>64</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 67; e TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 71 e ss.
- <sup>65</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 73.
- <sup>66</sup> Idem, p. 74-5.
- <sup>67</sup> Sobre tendências sistêmicas desdiferenciadas, ver esp. TEUBNER, Gunther & GRABER, Christoph B. (1998) "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73, (esp. p. 65). Jürgen Habermas fala em "colonização do mundo da vida" através das racionalidades sistêmicas, para mais detalhes, ver esp.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus. 2001, vol. 2, p. 451 e ss. Marcelo Neves denomina esse fenômeno de alopoiesis, para mais detalhes, ver esp. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127 e ss.

<sup>68</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 79.

<sup>69</sup> Idem, p. 80. Para mais detalhes acerca da ideia de “inflação e deflação dos símbolos”, ver esp. STICHWEH, R. (2011) “Towards a General Theory of Function System Crisis”. In: KÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 53-72.

<sup>70</sup> Idem, p. 81-2.

<sup>71</sup> Com relação ao intervencionismo, merece maior estudo e incorporação cuidadosa a perspectiva de David M. Trubek, conhecida como *new law and economic development*, a qual busca redimensionar a importância do Direito e das instituições para o desenvolvimento econômico. Para uma breve introdução ao tema, ver esp. TRUBEK (2007) “O novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek.” In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). *Cadernos Direito GV*. vol. 4, n. 5, set. 2007 pp. 5-38.

<sup>72</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 85.

<sup>73</sup> Idem, p. 88.

<sup>74</sup> Idem, p. 89.

<sup>75</sup> Idem, p. 90.

<sup>76</sup> Idem, p. 92.

<sup>77</sup> Idem, p. 98.

<sup>78</sup> Cf. POLANYI, Karl (2000). *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier.

<sup>79</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 101-2.

<sup>80</sup> Idem, p. 102.

<sup>81</sup> Para mais detalhes acerca dos mecanismos reflexivos e reflexividade sistêmica, ver esp. LUHMANN, N. (1966) “Reflexive Mechanismen”. In: *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112.

<sup>82</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 104.

<sup>83</sup> Idem, p. 105.

<sup>84</sup> Idem, p. 109.

<sup>85</sup> Idem, p. 110.

<sup>86</sup> Idem, p. 112.

<sup>87</sup> Idem, p. 113.

<sup>88</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 116. O totalitarismo representa uma forma de tentativa de totalização política da sociedade. Thornhill fala de totalitarismo como uma forma de “autobloqueio” da sociedade moderna, para tanto, ver esp. THORNHILL, Chris. (2008) “Towards a historical sociology of constitutional legitimacy”. In: *Theory Sociology*, vol. 37, p. 188 e ss. Dirk Baecker, em referência ao nazismo, prefere falar em subversão das esferas autônomas da sociedade, não em absorção política, para mais detalhes, ver esp. BAECKER, D. *The Hitler swarm*. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1919472](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919472). Acesso em: 19 de jun. 2012. p. 16.

<sup>89</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 117.

<sup>90</sup> Idem, p. 124.

<sup>91</sup> Cf. LUHMANN, N. (2010 [1965]) *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, p. 312.

<sup>92</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 125.

<sup>93</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 127-8. Para conferir mais detalhes, ver esp.

FISCHER-LESCANO, Andreas. (2007) "Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el Derecho Mundial emergente". In: *DOXA – Cadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 30. pp. 435-450, (esp. p. 439); no mesmo sentido, BUCKEL, Sonja & FISCHER-LESCANO, Andreas. "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global". In: *Revista Direito GV*, São Paulo. 5(2), pp. 471-490, jul-dez. 2009, (esp. p. 485). Para conferir a abertura que Luhmann dá ao conceito de *colère publique*, ver esp. LUHMANN, N. (1993) "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 229-236, (esp. p. 234), segundo ele "Man hat aber schon oft bemerkt, dass die Weltrechtsordnung eher den Ordnungsformen tribaler Gesellschaften gleicht, also auf organisierte Sanktionsgewalt und auf authentische Definition der Rechtsverstöße an Hand bekannter Regeln verzichten muss."

<sup>94</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 128 e ss.

<sup>95</sup> Cf. LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución*, p. 237.

<sup>96</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 132 e ss. Ver esp. LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución*, p. 236.

<sup>97</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 134-5.

<sup>98</sup> LUHMANN, N. (2007b) *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, p. 47-8.

<sup>99</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 136-7.

<sup>100</sup> LUHMANN, N. "Inklusion und Exklusion." p. 250. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion" p. 180].

<sup>101</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 582-3. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 660-1]. Luhmann cita como exemplo a miséria encontrada nas favelas sul americanas, que segundo ele, fogem inclusive capacidade descritiva, para tanto ver esp. LUHMANN, N. "Jenseits von Barbarei" p. 147. [Versão em inglês: "Beyond barbarism" p. 269].

<sup>102</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 584. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 662].

<sup>103</sup> LUHMANN, N. *Die Politik der Gesellschaft*. p. 427. No original: "Von Exklusion kann man sprechen, wenn die weitgehende Ausschließung aus einem Funktionssystem (zum Beispiel extreme Armut) zur Ausschließung aus anderen Funktionssystemen (zum Beispiel Schulerziehung, Rechtsschutz, stabile Familienbildung) führt."

<sup>104</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 583. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 661].

<sup>105</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 137.

<sup>106</sup> Idem, p. 142.

<sup>107</sup> Idem, p. 144.

<sup>108</sup> TEUBNER, G. (2006) "The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors". In: *The Modern Law Review*. Malden, vol. 69, n. 3, p. 342. Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 145.

<sup>109</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 150.

<sup>110</sup> Idem, p. 150-1.

<sup>111</sup> Idem, p. 152. Segundo Buckel e Fischer-Lescano, "particularmente na década de 1990, os aparelhos de hegemonia jurídica global foram formados (como os tribunais penais para a Iugoslávia e Ruanda – ICTY e ICTR – ou o Tribunal Penal Internacional – TPI – e o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL) ou obtiveram um novo caráter (a Corte Europeia de Justiça, as Cortes Europeia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos e o Painel de Resolução de Disputas da OMC). Atualmente, cento e vinte e cinco órgãos internacionais de tomada de decisão são listados pelo Projeto de Cortes e tribunais internacionais (PCTI)." BUCKEL, Sonja &

FISCHER-LESCANO, Andreas. "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global" p. 482-3.

<sup>112</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 150.

<sup>113</sup> Idem, p. 158.

<sup>114</sup> Idem, p. 160.

<sup>115</sup> Idem, p. 162.

<sup>116</sup> Ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?", p. 1-20. (esp. p. 10).

<sup>117</sup> TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 165.

<sup>118</sup> Idem, p. 166.

<sup>119</sup> Idem, p. 171-2.

<sup>120</sup> Idem, p. 173.

<sup>121</sup> Essa leitura que Teubner faz da sustentabilidade, está em consonância com a ideia de uma "justiça ecológica", ou de uma "justiça autossubversiva" como fórmula de transcendência do sistema jurídico, segundo ele "justice as contingency formula is not justice immanent to the law but a justice that transcends the law. Internal consistency plus responsiveness to ecological demands – this is the double requirement of juridical justice". TEUBNER, Gunther. (2009) "Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of Law?" p. 9.

<sup>122</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. (2013) *Direito entre certeza e incerteza*. São Paulo: Saraiva. p. 24. Esse ponto pode ser aprofundado na perspectiva de uma "teoria crítica dos sistemas, para mais detalhes, ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. In: AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (hrsg.). *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013. pp. 13-37.

<sup>123</sup> VESTING, Thomas. (2004) "Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner". In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, p. 30-31.

<sup>124</sup> Idem, p. 31.

<sup>125</sup> Idem, p. 37.

<sup>126</sup> Idem, p. 39.

<sup>127</sup> NEVES, Marcelo (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, p. 286-287.

<sup>128</sup> Idem, p. 287.

<sup>129</sup> Para uma visão geral acerca do tema, ver esp. ELMAUER, Douglas. "Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 855-864, jan./dez. 2013.

<sup>130</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 288.

<sup>131</sup> Idem, p. 288.

<sup>132</sup> Idem, p. 289.

<sup>133</sup> LUHMANN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 43.

<sup>134</sup> HEGEL, G. W. F. (2001) *Fenomenologia do Espírito*. vol. 1, p. 126, § 179.

**SILÊNCIOS ELOQUENTES NA ADPF  
Nº 186: O STF DE FATO JULGOU  
A CONSTITUCIONALIDADE DAS  
COTAS RACIAIS?**

// LOUD SILENCES ON THE ADPF  
186 CASE: DID THE FEDERAL  
SUPREME COURT REALLY EXAMINE  
THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF  
RACIAL QUOTAS?

Fábio Portela Lopes de Almeida

>> **RESUMO // ABSTRACT**

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (2012), o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da política de cotas raciais no programa de acesso ao ensino superior da UnB. A proposta do texto é questionar essa assertiva, sustentando que o STF apenas fez uma homenagem genérica a políticas de ações afirmativas, sem adentrar, nas 233 páginas que compõem o acórdão, nas questões constitucionais que realmente deveriam ter sido debatidas a respeito da política de cotas raciais. A fim de alcançar esse objetivo, o artigo está dividido em três partes. A primeira tem por objetivo apresentar o teor da decisão em seus próprios termos, a fim de demonstrar omissões centrais no julgamento. As seções seguintes adotam uma perspectiva mais crítica quanto à decisão. Na segunda seção, objetiva-se sustentar que, do ponto de vista de sua própria lógica interna, os fundamentos invocados no acórdão não sustentam a conclusão alcançada de que a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília é constitucional. A terceira seção, por fim, procura discutir questões que o STF deveria ter levado em consideração ao julgar a ADPF nº 186, adotando-se como contraponto a experiência jurídica norte-americana, por se tratar de uma tradição cuja Suprema Corte já debateu em diversos casos a questão relativa à constitucionalidade de políticas de ação afirmativa fundadas em elementos raciais. // The Supreme Federal Court (STF) ruling in ADPF n. 186 held constitutional the University of Brasilia racial quota program. In this paper, I argue that the STF only discussed affirmative action policies in general terms, without debating, in the 233 pages of the decision, the real constitutional issues that should have been debated concerning the racial quota policy. In order to achieve this purpose, the paper is organized in three parts. The objective of the first section is to present the foundations of the decision in its own terms, in order to show omissions in the ruling. The next sections of the paper offer a critical viewpoint concerning the decision. In the second section I sustain that, from the standpoint of the very internal logic of the ruling, the premises adopted by the Court couldn't authorize it to conclude that that the racial quota policy adopted by the University of Brasilia was constitutional. In the third section, I bring questions that the STF should have brought into consideration in the ruling, adopting the American judicial experience concerning affirmative actions as a contrast, due to it's being a legal tradition which brought to the Supreme Court many cases concerning the constitutional validity of affirmative action policies based on racial elements.

---

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

cotas raciais, ações afirmativas, ação de descumprimento de preceito fundamental, Supremo Tribunal Federal, direito constitucional comparado. // racial quotas, affirmative actions, ADPF, Supreme Federal Court, comparative constitutional law.



**>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) (2016). Foi Pesquisador Visitante da Harvard University durante sua pesquisa de doutorado (2013-2014). // PhD from the University of Brasília Law School (2016). Between 2013 and 2014 during his PhD, he worked as a Visiting Researcher at Harvard University.

## INTRODUÇÃO

O debate travado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 foi um dos mais aguardados do ano de 2012. Proposta em 2009 pelo Partido Democratas - DEM, a ação pretendia fosse declarado inconstitucional o programa de reserva de cotas para candidatos negros no programa de acesso ao ensino superior da Universidade de Brasília. Em brevíssima síntese, a alegação de que medidas de ação afirmativa fundadas no critério “raça” seriam inconstitucionais foi o principal argumento apresentado pelos Requerentes na petição inicial.

Em 25 abril de 2012, a ADPF foi julgada improcedente por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator da ação.

Os principais veículos da imprensa brasileira estamparam em suas manchetes a declaração de constitucionalidade da política de cotas. A Folha de São Paulo, por exemplo, publicou matéria intitulada “Por unanimidade, STF decide a favor das cotas”;<sup>1</sup> em Veja, a manchete era “Ao aprovar cotas, STF busca ‘justiça material’”;<sup>2</sup> no portal Terra, “Com 10 votos a o, STF aprova cotas raciais em universidades”.<sup>3</sup> Do mesmo modo, os defensores das cotas raciais comemoraram: a política fora declarada constitucional pela Suprema Corte brasileira. Edson França, presidente do movimento “União dos Negros pela Igualdade” (Unegro), declarou que aquela era “uma vitória do movimento negro”.<sup>4</sup> Em termos parecidos, também se manifestou o fundador e coordenador do movimento Educafro, Frei Davi, que comemorou a decisão e a impossibilidade de “fazer política pública sem considerar a especificidade do povo negro”.<sup>5</sup>

A opinião pública, a imprensa, o movimento negro e a comunidade jurídica estão certas de que as cotas raciais para ingresso de candidatos nas Instituições de Ensino Superior brasileiras foram declaradas constitucionais pela Suprema Corte.

Uma leitura atenta do acórdão que julgou a ADPF nº 186, contudo, revela uma outra realidade. A fundamentação apresentada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal não enfrentou os principais problemas constitucionais associados à política das cotas e que poderiam levar à declaração de sua inconstitucionalidade. A rigor, a discussão travada pelos Ministros passou ao largo da questão das cotas - políticas voltadas à separação de candidatos com base em um critério anterior ao processo competitivo - e se concentrou na defesa de uma abordagem mais ampla de políticas de ações afirmativas, sem distinguir cotas de outras ações afirmativas e sem discutir distinções constitucionais que as políticas de cotas evocam - que, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana discutiu no célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke* em 1978.

No presente artigo, pretendo discutir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sob duas perspectivas distintas. Em primeiro lugar, o acórdão será discutido com base nos seus próprios termos, a fim de demonstrar que, do ponto de vista de sua própria lógica interna, os fundamentos invocados não sustentam a conclusão alcançada de que a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília é constitucional.

Nessa primeira parte, portanto, o objetivo é apresentar o acórdão do STF, com o objetivo de identificar as premissas do julgamento. Em seguida, procederei a uma crítica interna da decisão do Supremo Tribunal Federal, com o fito de demonstrar que, adotadas as premissas acolhidas pelos Ministros, ainda assim a decisão final poderia ser a contrária, pela afirmação da inconstitucionalidade da política de cotas em questão. Em breve síntese, a tese central a ser sustentada nessa seção é a de que o STF não julgou a constitucionalidade da política de cotas nos processos de admissão de candidatos nas universidades públicas. A Suprema Corte apenas fez uma homenagem genérica a políticas de ações afirmativas, sem adentrar, nas 233 páginas que compõem o acórdão, nas questões constitucionais que realmente estavam em jogo.

Por fim, passo ao exame de uma questão externa: o que o acórdão do STF deveria ter levado em consideração ao julgar a ADFP nº 186? A fim de iluminar algumas dessas questões, a experiência jurídica norte-americana será invocada por se tratar de uma tradição cuja Suprema Corte já debateu em diversos casos a questão relativa à constitucionalidade de políticas de ação afirmativa fundadas em elementos raciais. O propósito é o de discutir os motivos pelos quais a Suprema Corte norte-americana, embora já tenha julgado constitucional a adoção de políticas de ação afirmativas fundadas em critérios raciais em diversas oportunidades, jamais endossou a política de cotas - discussão sobre a qual o Supremo Tribunal Federal se esquivou de debater no *leading case*. Nessa seção do artigo, buscarei elucidar, a partir de ponderações extraídas das questões internas suscitadas da leitura do acórdão proferido pelo STF, questões não enfrentadas e que, se enfrentadas, poderiam levar a um resultado diametralmente oposto.

## 1. OS FUNDAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADFP Nº 186

A ADFP nº 186 foi proposta em 2009 pelo Partido Democratas - DEM, em ação na qual see pretendia a declaração de inconstitucionalidade do programa de reserva de cotas para candidatos negros no programa de acesso ao ensino superior da Universidade de Brasília.

Além de questões formais relativas ao procedimento de instauração do sistema de cotas - e que não serão objeto do presente artigo -, a petição inicial impugnou a constitucionalidade da política com base nas seguintes premissas: i) a adoção de políticas afirmativas racialistas não seria necessária no país; ii) não haveria uma exclusão social de cidadãos negros pelo simples fato de pertencimento a esta minoria; iii) a política de cotas geraria uma consciência estatal de raça, ofensiva ao princípio da isonomia; iv) a aplicação da política demandaria a institucionalização de tribunais raciais com vistas ao enquadramento de indivíduos como beneficiário; v) a incerteza do enquadramento de indivíduos como negros, em razão da miscigenação característica da população brasileira; e vi) a inexistência do conceito genético (biológico) de raça. Apontou que

a política afrontaria os arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, da Constituição Federal.

Após informações dos arguidos, parecer da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União - todos no sentido da improcedência da ação -, e da extensa participação de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae*, os Ministros passaram ao julgamento da causa em 25 de abril de 2012.

A estrutura dos votos de todos os Ministros é praticamente idêntica, muito próxima à adotada pelo Relator, Ricardo Lewandowski. Por essa razão, utilizarei esse voto como paradigma para apresentação dos argumentos dos Ministros, introduzindo, sempre que possível, as divergências de abordagem.

Todos mencionam a distinção doutrinária entre igualdade formal e material, com o objetivo de justificar a adoção de políticas de ações afirmativas pelo Estado. Já no voto do Relator esta via de motivação aparece como a primeira invocada:

*Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.*

(...)

*A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia (...)* (p. 50-51)

Do mesmo modo, o Ministro Luiz Fux menciona o critério de igualdade material como apto a garantir a “plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feição racial” (p. 109 e seguintes do acórdão). Com base na mesma premissa, os Ministros Rosa Weber (p. 125), Cármen Lúcia (p. 132), Cezar Peluso (p. 155), Gilmar Mendes (p. 179) e Marco Aurélio (p. 179) também invocaram o princípio para justificar a adoção de políticas de ações afirmativas.

Mas o que é ação afirmativa? Em esforço conceitual, o Relator apresentou duas definições. A primeira, acadêmica, fundada em texto de Myrl Duncan, é a seguinte: ação afirmativa é “(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual” (p. 53). A segunda foi extraída do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas. Segundo essa definição, ações afirmativas são

*(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos*

*pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (p.54).*

Em seguida, Lewandowski explora os critérios para ingresso no ensino superior. Discute o conceito de mérito insculpido no art. 208, V, da Constituição, segundo o qual o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística serão destinados “segundo a capacidade de cada um”.

Mas o que é mérito? O Relator desconstrói a visão de que os critérios objetivos de seleção dos exames vestibulares seriam bons indicadores de mérito, por desconsiderarem distorções entre os candidatos:

*A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”.*

*Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”.*

*Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.*

*Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.*

*Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.*

*Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias. (p. 58-59)*

Assim, o critério do mérito é colocado ao lado de outros, levando-se inclusive - e novamente - critérios escolhidos com base em princípios deduzidos com fundamento em considerações de igualdade material.

Curiosamente, poucos dos votos tangenciaram a questão do mérito acadêmico. Além do Relator, apenas os Ministros Rosa Weber e Cezar Peluso discutiram a questão, acrescentando pontos relevantes. A Ministra Weber salientou que o mérito é respeitado na medida em que os candidatos cotistas somente seriam aprovados caso superassem uma nota de corte no vestibular (p. 129). E o Ministro Peluso, por sua vez, destacou

- assim como o Relator - que a avaliação do mérito pessoal não pode deixar de levar em consideração “a força dos obstáculos históricos opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não depende das vítimas da marginalização, senão de terceiros” (p. 161).

Mas por que adotar o critério racial para a definição de políticas de ações afirmativas?

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a disparidade social e econômica vigentes entre brancos e negros no Brasil como fruto de um processo histórico, decorrente da escravidão, e que ainda caracteriza as relações sociais no país. As ações afirmativas seriam, portanto, uma reparação - compensação - voltada a corrigir distorções socioeconômicas decorrentes dessas circunstâncias. Nas palavras de Lewandowski:

*Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (p. 67)*

A premissa de que há uma disparidade socioeconômica entre brancos e ricos no país foi compartilhada em todos os votos - e também na própria petição inicial, que reconheceu o fato. O Ministro Luiz Fux chegou a utilizar a expressão “código racial” para caracterizar a forma das relações raciais na sociedade brasileira contemporânea: “a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País” (p. 106). Outra expressão forte utilizada duas vezes - pelos Ministros Luiz Fux (p. 105) e Rosa Weber (p. 126) - foi a de que “pobreza tem cor”, destacando as fortes desigualdades que caracterizam o Brasil.

Também foi ponto pacífico na fundamentação apresentada no acórdão a tese de que políticas universalistas seriam insuficientes para reduzir essas diferenças, sendo necessária a adoção de políticas fundadas em critérios étnico-raciais especificamente dirigidas para atacar o problema. Afastou-se, com menção ao caso *Ellwanger*, o fundamento apresentado pelo Partido Democratas de que não haveria base biológica para a caracterização de “raças”, com base no entendimento de que este é um conceito de natureza sociológica.

Além disso, foram indicados os seguintes fundamentos para a defesa de políticas de ações afirmativas: (i) criação de lideranças como paradigma de ascensão social; (ii) a importância de políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais; e (iii) o papel integrador da universidade, com estímulo à diversidade nas universidades públicas.

Os primeiros pontos foram destacados fundamentalmente pelo Relator.

De acordo com Lewandowski, as ações afirmativas trariam como resultado importante a criação de lideranças na população negra, capazes de lutar pelos seus direitos e de servir como paradigma de ascensão social, promovendo uma aceleração “de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara

o terreno para sua progressiva e plena integração social” (p. 71-72). Esse ponto é carregado de uma forte justificativa simbólica para as ações afirmativas, na medida em que se pressupõe que as crianças negras, ao perceberem afrodescendentes ocupando lugares de destaque na sociedade, projetar-se-iam naqueles papéis e “alargariam as possibilidades de seus planos de vida” (p. 74). O ponto também foi suscitado brevemente por Luiz Fux, que, contudo, se limitou a citar excerto da obra “Justiça”, do filósofo Michael Sandel, sobre a questão.

Lewandowski mencionou ainda a importância de políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais como justificativa para as ações afirmativas: “Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes” (p. 73).

E, por fim, mencionou-se que as ações afirmativas promoveriam o papel integrador da universidade, estimulando a diversidade no seu quadro discente.

Nessa seara, o Relator fez menção à jurisprudência norte-americana, citando expressamente os casos *Regents of the University of California v. Bakke* (1979), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). Em seguida, passou a expor um histórico da discussão nos Estados Unidos, destacando a relevância do estímulo à diversidade como fundamento para aceitação de programas de ações afirmativas como constitucionais pela Suprema Corte daquele país.

Surpreendentemente, contudo, o Ministro Lewandowski fez apenas brevíssima menção ao fato de que a Suprema Corte americana, embora endosse programas de ação afirmativa, considera inconstitucional a adoção de cotas. Esta, a menção do voto condutor do acórdão:

*A Constituição brasileira – é importante notar permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nos três principais precedentes daquele Tribunal Bakke v. Regents of the University of California, Gratz v. Bollinger e Grutter v. Bollinger – entendeu-se que o uso de critérios étnico-raciais seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito.*

*No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente. (p.86)*

Cota não é sinônimo de ação afirmativa; antes, é espécie de que aquela é gênero. Apesar disso, essa distinção entre gênero e espécie foi omitida



ou discutida apenas superficialmente por vários dos Ministros, que não discutiram pontos que — como se verá mais adiante — deveriam ter sido *centrais* no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Outros votos citaram precedentes da Suprema Corte norte-americana. O Ministro Luiz Fux mencionou o caso *Bakke* tão-somente para destacar que “a raça seria um fator que poderia ser considerado em políticas de admissão de instituições de ensino, sem que isso constitua violação à Constituição” (p. 111), sem mencionar a declaração de inconstitucionalidade das cotas naquele contexto. E o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que, no Brasil, a jurisprudência norte-americana tem sido invocada de maneira deturpada no debate, destacando justamente que as cotas são espécie do gênero ação afirmativa:

*Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie. E, ao contrário do que muitos pensam, mesmo nos Estados Unidos o sistema de cotas sofre sérias restrições doutrinárias e jurisprudenciais, como se pode depreender da análise da série de casos julgados pela Suprema Corte, dentre os quais sobressaem o famoso Caso Bakke (Regents of the University of California vs. Bakke; 438 U.S. 265, 1978) (destaques acrescidos).*

O voto do Ministro Gilmar Mendes, na verdade, é bastante peculiar. Sua estrutura é inicialmente parecida com a dos demais, abordando a possibilidade de defesa das ações afirmativas à luz de princípios mais abstratos. Em seguida, contudo, passa a uma discussão sobre as diferenças entre as histórias brasileira e norte-americana, sustentando que, nos Estados Unidos da América, houve segregação racial institucionalizada de um modo que não houve no Brasil (p. 181).

A partir daí, Mendes promove uma interessante reconstrução histórica dos estudos antropológicos e sociológicos sobre as relações sociais do Brasil a partir da década de 1950, mostrando como progressivamente abandonou-se a ideia de que vivíamos em uma democracia racial miscigenada e temos construído uma “nova concepção de nação bicolor” (p. 183).

Em seguida, o voto passa a examinar detidamente o programa de cotas raciais institucionalizado pela UnB. Após uma breve descrição dos procedimentos de inscrição, há uma análise normativa.

Em primeiro lugar, Gilmar Mendes critica o fato de que a política estabelecida estabeleceu uma fila distinta para candidatos negros e não negros, avaliados por uma comissão que — segundo julga — teria traços arbitrários:

*Já na inscrição para o primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, a exigência de que candidatos que optaram por concorrer às vagas disponíveis aos negros fossem fotografados, gerou, por si só, situação segregacionista incomum na realidade brasileira e claramente*

*simbólica de consequências que podem resultar de tal sistema: a existência de filas distintas para negros e não negros. Sobre isso:*

*“A vestibulanda Vanderlúcia Fonseca declarou: ‘As cotas já são um bom começo. Só acho constrangedor ter que ser fotografada para provar minha cor. Já tenho isso registrado em meus documentos.’ (...) Já Ana Maria Negrêdo frisou diretamente as diferenças de procedimentos: ‘Acho que os brancos também deveriam tirar foto. Tinha que ser igual para todo mundo. Por que só a gente tem de meter a cara na câmera?’ (...) O estabelecimento de filas separadas para inscrição dos ‘negros’ chamou a atenção. De modo defensivo, declarou o coordenador das inscrições, Neivion Lopes, quanto aos guichês apartados segundo raça: ‘É separado porque precisamos de espaço reservado para fazer as fotos’. Uma senhora teria resmungado baixinho: ‘Isso é constrangedor’. (fl. 218).*

*De fato, tal situação acabou por ser constrangedora, já que, no Brasil, inexistiu política semelhante à de outros países, como os Estados Unidos. Não houve, por aqui, legislação segregacionista que determinasse, por exemplo, a separação entre brancos e negros em ambientes do convívio societário.*

*De qualquer forma, parece ser agressivo que não baste o candidato se considerar e se autodeclarar negro, mas ter sua condição submetida à avaliação de uma comissão sobre a qual pouco se sabe, com base em uma foto. (p. 187)*

Como se verifica pela leitura do texto, os adjetivos utilizados pelo Ministro expressam o inconformismo com o programa. A separação de filas é retratada como “situação segregacionista incomum” e o critério de autodeclaração para que o candidato seja considerado apto a concorrer na condição de negro, reputado como “agressivo”.

O voto também questiona algumas premissas que os demais Ministros reputaram menos importantes, como o fato da incerteza sobre a definição do fenótipo dos negros brasileiros, tendo em vista a ampla miscigenação de nossa sociedade. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, assumiu como ponto não problemático a utilização do fenótipo para aplicação da política, afirmando que “o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados” (p. 119). Em sua manifestação no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a Ministra Rosa Weber justificou a utilização desse critério afirmando, com base nas pesquisas de Oracy Nogueira, que “[n]o Brasil viceja o **preconceito de marca**, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômicos” (p. 129).

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, problematiza o critério adotado pela Universidade de Brasília — em especial ao que ele denominou de “tribunal racial” (p. 168), o fato de que a autodeclaração dos candidatos seria sujeita a revisão por comissão institucional. Critica ainda a falta de transparência dos procedimentos da comissão, afirmando que “é de causar estranheza que detalhes sobre o procedimento adotado pela

comissão não cheguem a ser divulgados” (p. 190), bem como lançou dúvidas sobre a possibilidade de distinguir entre negros e não negros nos casos-limite: “Qual seria a distinção entre um pardo mais escuro e um mais claro, já que, de acordo com declarações trazidas aos autos, os pardos claros seriam os mais difíceis de serem identificados. Quais os critérios de tão tênue questão?” (p. 192).

Apesar de entender pela necessidade de programas de ação afirmativa, o voto considerou inadequada a política instituída no caso concreto:

*Não se duvida a respeito da premente necessidade de um programa de ação afirmativa para a reserva de vagas que beneficie grupos sociais específicos. Um programa como esses, não obstante, deve ser criteriosamente elaborado, estabelecendo um sistema de normas e procedimentos que permitam a aplicação da política de forma adequada para os fins a que ela se propõe. Enfim, a política de ação afirmativa deve ser proporcional ao objetivo almejado.*

*No caso da UnB, fica difícil vislumbrar a adequação da política. Criou-se uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e assim revogar a manifestação de vontade do candidato autodeclarado negro. Não se pode negar, portanto, que a existência desse tipo de comissão avaliadora acaba por anular a autodeclaração alçada a critério base desse modelo.*

*Assim como o critério da autodeclaração é demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva – tal como reconhecido pelos próprios defensores da política de cotas da UnB –, a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente. Ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da hetero-identificação como a base do modelo de cotas da UnB; isto é, no final das contas, quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado. Um critério de autodeclaração que se transmuda em hetero-identificação. **O modelo é, inegavelmente, incongruente e ineficaz nesse sentido.** (p. 192 - destacado pelo autor)*

Em seguida, o voto procede a uma discussão a respeito da necessidade de programas de ação afirmativa terem prazos e metas bem definidas, utilizando como base teórica de referência a posição do economista Thomas Sowell, que é profundamente cético tanto quanto aos pressupostos das ações afirmativas quanto aos resultados objetivos alcançados por elas nos mais diversos modelos que se procuraram instalar ao redor do mundo.

O voto passa, então, a defender uma posição política: reconhece que o ensino superior brasileiro é excludente — mas não em razão da raça, e sim em função das diferenças de renda. Esse ponto fica evidente no seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes:

*Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto,*

*parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Nessa discussão, há quem aponte que os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se podem encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autoclassificam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda (adicional ou não) não seria mais adequada para a democratização do acesso ao Ensino Superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual (p. 198).*

E, por fim, o Ministro sustenta a necessidade de modelos distintos de ações afirmativas de inclusão social, sustentando a adoção de políticas adequadas à realidade cultural, política, histórica e social brasileira. É nesse trecho do voto que o Ministro critica o modo como o debate norte-americano sobre as ações afirmativas foi importado dos Estados Unidos para o Brasil, sem considerar sequer que naquele país as cotas foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, em entendimento que ainda permanece.

Além disso, o Ministro destaca uma distinção que foi pouco discutida no próprio julgamento, entre ações afirmativas e cotas. Repetindo o trecho acima citado do voto do Ministro: “Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie” (p. 200-201).

Gilmar Mendes critica, novamente, a adoção do critério racial e a política de reserva de cotas por meio da separação de caminhos diversos de admissão, retirando de outros candidatos a possibilidade de sequer concorrer a um conjunto disponível das vagas:

*Se não bastasse a complexidade que o tema “ação afirmativa como mecanismo de inclusão social” atrai, a definição dos critérios a serem implementados em universidades públicas para definir quem faz jus ao benefício constitui matéria que amplia direitos de uns com imediata repercussão na vida de outros. Ao reservar 20% (vinte por cento) das vagas para determinado segmento da sociedade, outra parcela estará privada desse percentual de vagas. (p. 202)*

Destaquei o voto do Ministro Gilmar Mendes pelo fato de que, apesar de todas as reservas ao programa da UnB e às políticas de ações

afirmativas fundadas no critério racial, seu voto manifestou-se no sentido da constitucionalidade do programa examinado. Para ser mais exato, o Ministro afirmou que o programa é “ainda constitucional” (fls. 208). Essa conclusão, contudo, causou perplexidade por não decorrer de *nenhuma* das premissas postas na longa justificação apresentada.

Desde o início, o Ministro colocou em dúvida a lisura do procedimento de identificação dos beneficiários da política e a utilização do critério racial em detrimento do econômico-social. Afirmou o prejuízo, sem justificação, dos candidatos excluídos da disputa pelas vagas destinadas à política de cotas. Citou como reforço teórico o escólio de Thomas Sowell, um dos grandes opositores internacionais às políticas de ações afirmativas justamente por antever a ineficácia delas. *Todas* as justificativas apresentadas indicavam que seu voto caminharia no sentido do acolhimento das razões apresentadas na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Não se trata, aqui, de uma crítica à posição substantiva adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas ao procedimento de justificação adotado, já que a decisão *não* se segue das premissas elencadas.

Esse vício, contudo, não permeia apenas o voto do mencionado Ministro. Como se verá a seguir, as razões apresentadas por todos os Ministros não justificam a conclusão a que chegaram, pela afirmação da constitucionalidade da política de cotas na admissão de candidatos a vagas em instituições públicas de ensino superior.

## 2. RAZÕES QUE NÃO JUSTIFICAM: UMA ANÁLISE INTERNA DO ACÓRDÃO NA ADPF Nº 186

### 2.1. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS: A QUESTÃO NÃO DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, o Partido Democratas - DEM pretendia desconstituir atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíam programa de cotas raciais assim definido no Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB: “Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade” (p. 12).

Ao julgar a matéria, contudo, os Ministros pouco fizeram menção a esta questão específica que era o cerne do objeto a ser decidido: a possibilidade de segregar o acesso abstrato à possibilidade de concorrência, em certame público de admissão, a todas as vagas abertas para estudantes em instituição pública de ensino superior.

A presente seção do artigo tem duplo objetivo. O primeiro é mostrar que a maior parte da fundamentação apresentada nos votos que compõem o acórdão da ADPF nº 186 consiste em justificativas para políticas genéricas de ações afirmativas, mas não tangenciam as questões constitucionais específicas que estão presentes nas cotas — que, como bem lembrado no voto do Ministro Gilmar Mendes, são espécie de um gênero mais

amplo. É perfeitamente possível admitir no sistema constitucional uma ampla gama de políticas de ações afirmativas sem que um subconjunto delas ultrapasse a barreira normativa da constitucionalidade. Em outras palavras, um primeiro objetivo dessa seção é sustentar que o Supremo Tribunal Federal cometeu uma *falácia da divisão*, erro lógico que consiste na atribuição de uma propriedade constitutiva de um conjunto a todas as partes que o compõem.<sup>6</sup>

O segundo objetivo é demonstrar a inconsistência interna das pouquíssimas razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal dirigidas diretamente à questão posta pela política da UnB: *a constitucionalidade de programa de admissão de candidatos, em instituição pública, que exclua determinadas vagas do acesso geral, reservando-as para competição de que participe apenas os membros de determinada minoria eleita*. As raras ocasiões em que os Ministros realmente se concentraram na discussão desse problema — a questão sobre a qual deveriam ter, de fato, se debruçado —, são insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas sob exame.

Na primeira seção do artigo, descrevi os principais argumentos invocados no acórdão do Supremo Tribunal Federal para julgar improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

Em breve síntese, é possível sintetizar a estrutura lógica do argumento acolhido pela maioria dos ministros nas seguintes premissas:

- i. A distinção doutrinária entre igualdade formal e material prescreve que o Estado brasileiro adote políticas concretas a fim de superar desigualdades;
- ii. Existe uma disparidade social e econômica entre negros e brancos no Brasil, que é fruto de um processo histórico da escravidão que estabeleceu pontos de partida diferentes para os cidadãos de hoje e, além disso, moldou a forma das relações culturais interraciais no país;
- iii. Esses fatores induziram uma assimetria hierárquica, que reafirma a subordinação dos afrodescendentes em relação aos brancos e diminuíram a possibilidade de acesso dos negros a recursos sociais e econômicos para promover sua inclusão;
- iv. Políticas universalistas são insuficientes para reduzir essa disparidade, razão pela qual torna-se necessário adotar políticas fundamentadas em critérios étnico-raciais voltadas para atacar diretamente a desigualdade, garantindo-se aos negros:
  - A) a criação de lideranças como paradigma de ascensão social;
  - B) políticas de reconhecimento e valorização da cultura negra;
  - C) integração na universidade, com estímulo à diversidade no ensino.

A partir dessas premissas, os Ministros concluíram pela constitucionalidade do programa de cotas raciais da Universidade de Brasília.

Mas o raciocínio entabulado é um eloquente *non sequitur* lógico. As premissas elencadas justificam, tão-somente, a adoção de políticas de ações afirmativas voltadas à inclusão dos negros nas universidades, e não



— especificamente — o reconhecimento da *validade* constitucional da política de cotas tal como institucionalizadas pela Universidade de Brasília.

A *ratio decidendi* da Suprema Corte brasileira partiu de uma equivocada relação *metonímica* entre cotas e ações afirmativas, adotando ambos os conceitos como *sinônimos* — o que não são.

Ações afirmativas, como lembra o próprio Relator, são medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos específicos, com o objetivo de garantir-lhes o pleno exercício de direitos e liberdades fundamentais. Inúmeras políticas, com características extremamente diversas, poderiam ser enquadradas nesse conceito — passando por financiamentos bancários voltados especificamente para determinadas minorias (como o país já adota); concessão de benefícios fiscais para empregadores que contratem um determinado percentual de empregados pertencentes a minorias; contratação preferencial de empresas que adotem programas de ações afirmativas para realização de obras públicas; entre tantos outros exemplos.

Cotas são apenas *uma* das diversas políticas que se enquadrariam no conceito de ação afirmativa. Seria possível discutir a validade constitucional de cada uma das políticas supramencionadas a título de ilustração. Mas, no caso da ADPF em questão, discutiu-se especificamente a constitucionalidade das cotas raciais em processos de admissão para ingresso de estudantes em universidades públicas.

As razões apresentadas pelo *conjunto* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, não enfrentaram as peculiaridades apresentadas pela política de cotas raciais institucionalizada pela Universidade de Brasília. Elas limitaram a discussão, *genericamente*, à constitucionalidade de políticas de ações afirmativas, sem jamais entrar nos detalhes específicos do caso concreto.

A maioria dos Ministros apenas apresentou argumentação genérica fundada na tese da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas — mas sem jamais *enfrentar* a política concreta de cotas raciais que estava sob exame. Apenas os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cesar Peluso e Marco Aurélio apresentaram argumentos específicos sobre a questão das cotas raciais, sustentando a sua validade. Ainda assim, como se verá a seguir, os argumentos são superficiais e não levam em conta a complexidade da questão, como será discutido detidamente na próxima seção do artigo.

Do conjunto das premissas adotadas nos votos — a desigualdade socioeconômica dos negros na sociedade brasileira; a dívida histórica gerada pelo processo de escravidão que ainda hoje gera reflexos na condição do negro em nossa sociedade; a reduzida probabilidade de acesso dos negros a espaços de inclusão; e a dificuldade de que políticas universalistas reduzam essas disparidades, sendo necessário a criação de lideranças negras e políticas de integração e diversidade nos espaços universitários — se segue tão somente uma justificativa genérica para programas gerais de ações afirmativas, mas não para o estabelecimento de cotas raciais.

De fato, uma vez reconhecido que os negros *como um grupo étnico-racial* têm sido discriminados, recebendo menos oportunidades de



acesso ao ensino universitário, torna-se responsabilidade das instituições políticas criar mecanismos para reverter esse quadro. Que as cotas sejam um desses mecanismos não é uma decorrência lógica, até porque indivíduos não discriminados concretamente podem vir a ser beneficiados por elas, não beneficiando aqueles que de fato deveriam ser os destinatários da política.

Além disso, do reconhecimento de que é importante criar lideranças para que grupos minoritários tomem consciência da possibilidade concreta de alcançar postos de destaque social não se segue a necessidade de uma política específica de restrição de vagas para esses grupos nas universidades. Dessa premissa é possível extrair tão somente a necessidade de políticas que possibilitem a construção dessas lideranças, mas não a validade das cotas como política concreta. Tomar consciência disso é importante para notar que esse argumento é uma mera *justificação política* das ações afirmativas como tal, não uma justificação de cunho *jurídico* das cotas raciais, pois não examina os critérios de validade específicos delas — se reservar vagas com base em critérios raciais, afinal, viola direitos ou princípios que estejam no debate.<sup>7</sup> Nada disso foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou a lançar premissas filosóficas genéricas sobre ações afirmativas sem jamais concentrar-se no debate que estava em jogo.

Da mesma forma, é um *non sequitur* supor que da necessidade de criar espaços de diversidade e integração nas universidades públicas se extraia a necessidade de um processo de admissão que separe vagas para apenas *uma minoria* em detrimento de outros candidatos — ou mesmo de outras minorias. Além disso, essa premissa tão somente fundamentaria a adoção de políticas de ações afirmativas voltadas para a criação de espaços de diversidade, e não, especificamente, fundamenta a adoção de cotas raciais.

Como se vê, dos argumentos não se segue nenhum fundamento voltado para a defesa específica da constitucionalidade das cotas. Elas têm características específicas que não foram debatidas em praticamente nenhum dos votos no julgamento da ADPF nº 186, pois estabelecem caminhos distintos de admissão para *indivíduos*, limitando *aprioristicamente* o acesso a determinadas vagas aos membros de uma minoria racial e excluindo todos os demais da possibilidade *abstracta* de sequer concorrer a aquelas vagas.

Esse ponto, contudo, não foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal. A estratégia de julgamento adotada foi a de negligenciar a questão, subsumindo a política de cotas nas considerações políticas mais gerais sobre a validade das ações afirmativas. Ao proceder dessa maneira, a Suprema Corte cometeu a falácia da divisão: atribuiu uma propriedade típica da classe das ações afirmativas — sua constitucionalidade — a um membro desta classe, as cotas, que possuem propriedades singulares que tornariam necessário justificar de maneira mais pormenorizada a sua validade.

Esse erro lógico elementar possibilitou ao Supremo Tribunal Federal esquivar-se da questão mais difícil e complexa a ser enfrentada no

juízo da ADPF, garantindo-se a aparência de que enfrentou a questão posta no julgamento — quando, na verdade, pronunciou-se sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, tese abstrata que jamais foi a questão mais problemática em jogo.

## 2.2. INSUFICIÊNCIA DAS BREVES RAZÕES APRESENTADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS

O segundo objetivo da presente seção é demonstrar a insuficiência das pouquíssimas razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal dirigidas diretamente à questão posta pela política da UnB: *a constitucionalidade de programa de admissão de candidatos, em instituição pública, que exclua determinadas vagas do acesso geral, reservando-as para competição de que participe apenas os membros de determinada minoria eleita.*

A tese a ser defendida é a de que as razões apresentadas nos pouquíssimos momentos em que os Ministros realmente se concentraram na discussão desse problema são insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas raciais.

O Ministro Relator é o que examina mais detidamente a questão, no antepenúltimo tópico do seu voto. O ponto de partida adotado é o de que a política de reserva de vagas é princípio encartado explicitamente pela Constituição, que no art. 37, VIII, determina que “a lei reservará percentual dos cargos para as pessoas portadoras de deficiência (...)”.

Em seguida, Lewandowski afirma que a Constituição brasileira autoriza uma abordagem de políticas de ações afirmativas mais abrangente do que a possibilitada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Após breve relato sobre o estado da arte naquele país, o Ministro sustenta que há diferenças no ordenamento constitucional que justificam as cotas raciais no Brasil. Nos termos do voto:

*No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente. (p. 86)*

A referência do texto à discussão anterior se refere justamente às cotas para pessoas portadoras de deficiência.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, afirma que a política de cotas “não deve ser vista como uma penalidade aos que não se beneficiam diretamente dela” (p. 112). Sustenta que “o critério socioeconômico passa a figurar ao lado do mérito na prova” (p. 112) e reforça o argumento de que o aluno negro enfrenta dificuldades maiores para obter um assento na universidade do que os candidatos brancos. Não são argumentos específicos em prol da constitucionalidade da política de cotas, mas antecipam de certo modo o argumento da Ministra Rosa Weber. Ela apresenta,

embora de forma muito sucinta, o argumento mais forte (entre os discutidos no acórdão) em defesa da constitucionalidade da política de cotas. Segundo ela, a política seria constitucional porque os demais candidatos não teriam direito subjetivo a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito. De acordo com seu voto:

*Outro ponto digno de registro é que não reconheço direito subjetivo – passível, enquanto tal, de violação –, a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito aferido na classificação em vestibular. A universalização do ensino diz respeito ao ensino básico (fundamental e médio). Se assim não fosse, não faria sentido condicionar o acesso ao nível superior ao mérito. Não há direito subjetivo a cursar uma faculdade, muito menos pública. É o que se extrai, a meu juízo, do inciso V do art. 208 da Constituição Federal.*

(...)

*Se não há direito subjetivo a ocupar vaga de ensino superior, o espaço está livre para a realização de políticas públicas de inclusão social que não violem os princípios básicos de cunho individual e coletivo e aqueles que se referem ao ensino superior. (pp. 128-129)*

Mais não se disse, contudo.

O Ministro César Peluso trouxe outro argumento. De acordo com ele, a Constituição de 1988 tutela os interesses de grupos ou classes em situação de vulnerabilidade — e cita também a legislação infraconstitucional (no caso, a Lei Maria da Penha) para afirmar a constitucionalidade de medidas que beneficiem grupos específicos. Em segundo lugar, insurge-se contra os argumentos de que as cotas seriam discriminatórias, sustentando que a objeção “ignora as próprias discriminações positivas que, como se viu, a Constituição formula em tutela dos grupos, das classes, das comunidades atingidos por alguma sorte de vulnerabilidade sociopolítica, levando em conta valores e princípios que estão nela positivados” (p. 161).

Por fim, o Ministro Marco Aurélio — após extenso debate sobre como as Constituições anteriores à de 1988 lidaram com o tema da isonomia —, apresentou com fundamento o art. 3º do texto constitucional a tese de que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento social (princípios da República) constituem imperativos que fundamentam políticas de ações afirmativas com o fim de viabilizar as mesmas oportunidades a todos. Menciona, a esse título, algumas medidas legislativas específicas, lembrando a reserva de até 20% de vagas nos concursos públicos para pessoas com deficiência e a Lei nº 9.504/97, que estabelece cota de no mínimo 30% por gênero para candidaturas eleitorais.

Em síntese, esses argumentos, apresentados pelos Ministros especificamente sobre a política de cotas podem ser agrupados nos seguintes termos:

- i. A própria Constituição autoriza a políticas de reserva de cotas para grupos específicos, a exemplo do que ocorre com a reserva de percentual de cargos para pessoas com deficiência, prevista no art. 37, VIII, do texto constitucional;

- ii. A legislação ordinária também autoriza políticas de cotas cuja validade constitucional é inquestionada, como a reserva de vagas por gênero nos pleitos eleitorais;
- iii. Não existe direito subjetivo dos demais candidatos a uma vaga no ensino superior público unicamente pelo critério de mérito aferido em um exame vestibular.

A rigor, os dois primeiros argumentos consistem em um único: o ordenamento constitucional brasileiro autoriza a reserva de cotas para grupos específicos, com o objetivo de “corrigir desigualdades (...) a favor daquele que é discriminado, trata de modo desigual”, nos termos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio (p. 212). A única distinção entre eles consiste no fato de que o primeiro argumento, fundado na reserva de vagas em certames públicos para pessoas com deficiência, tem base constitucional, e de que o segundo, por sua vez, tem lastro na legislação ordinária — uma distinção quanto ao fundamento normativo, portanto.

Todavia, há profundas desanalogias entre os exemplos mencionados e as cotas raciais, que tornam injustificada a comparação estabelecida nos votos.

As cotas para pessoas com deficiência, previstas no art. 37, VIII, da Constituição, têm por fundamento normativo o fato de que indivíduos com deficiência física e/ou mental têm dificuldades inerentes e que tornam objetivamente mais árdua a sua competição, em qualquer cenário, contra candidatos que disponham de plena integridade física/mental. É razoável supor que candidatos com deficiência não estarão, em nenhum cenário, em condição de concorrer em igualdade de condições com candidatos sem tais restrições. Além disso, as cotas para pessoas com deficiência têm por objetivo beneficiar *indivíduos*, não porque pertençam a uma *minoridade*, mas porque, em sua *individualidade*, não têm condição de concorrer com os demais. Nessa situação, faz sentido criar um caminho duplo de competição — um universal e um voltado apenas para os candidatos com deficiência.

No caso das cotas raciais, essas condições não estão presentes.

Em primeiro lugar, as justificativas elencadas para elas *não têm natureza individual*, mas se destinam a beneficiar um **grupo racial específico**. As cotas raciais — como bem lembram os Ministros do STF e as várias entidades que se manifestaram como *amicus curiae* — visam ao reparo de injustiças históricas decorrentes da escravidão, ao reconhecimento e à valorização de grupos étnicos e culturais e à integração das diferenças no ambiente universitário. Seu objetivo é construir uma situação tal que a minoria beneficiada esteja sempre representada no ambiente universitário. Nenhum desses objetivos, contudo, supõe que *indivíduos* particulares serão beneficiados pela medida. Mas as cotas raciais beneficiam apenas indiretamente os grupos raciais que justificaram a sua implementação; os indivíduos são os primeiros beneficiários da medida — com o problemático resultado de que indivíduos que não compartilham das características que justificaram a implementação da medida possam vir a ser os principais beneficiários da política.

Não é difícil imaginar, por exemplo, que os candidatos negros mais bem posicionados nos exames admissionais para cursos superiores

que tradicionalmente constroem lideranças, como direito ou medicina (uma das justificativas apontadas para a implementação do programa!) sejam justamente os candidatos que, desde o princípio, já faziam parte do subgrupo de candidatos afrodescendentes mais bem posicionados socialmente entre todos os grupos daquela minoria racial. Teriam maior acesso ao ensino de melhor qualidade, a melhores oportunidades e, se candidando nas vagas destinadas às cotas raciais, teriam maior probabilidade de sucesso que os demais. Ou seja, seria privilegiada uma elite interna entre o grupo discriminado, deturpando-se os objetivos — e os próprios fundamentos constitucionais anunciados! — do programa. Com isso, os afrodescendentes mais pobres, justamente os mais propensos a sofrer discriminação e a terem piores oportunidades de formação educacional e no mercado de trabalho, continuariam a permanecer com reduzida probabilidade de ascensão social.

O desalinhamento com os fundamentos das políticas de ações afirmativas ocorre justamente porque os objetivos das cotas raciais guardam profunda desanalogia com os objetivos das cotas para pessoas com deficiência. Enquanto estas são voltadas para beneficiar indivíduos, e de fato o fazem, aquelas são voltadas para beneficiar minorias, mas terminam por privilegiar indivíduos que muitas vezes não compartilham daquelas características. Mais uma vez, comete-se a falácia da divisão, na medida em que nem todos os negros beneficiados pelas políticas de cotas raciais estão no grupo destinatário da fundamentação normativa que justificou a medida. Não há como comparar as cotas raciais com a reserva de vagas para deficientes, portanto, já que “cotas” são instrumentos adequado para beneficiar indivíduos, não grupos.

Também há uma profunda desanalogia entre as cotas raciais e a reserva de percentual por gênero nas eleições.

Nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, cada partido político ou coligação deverá preencher o mínimo de 30% ou o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. O que pode parecer situação idêntica à das cotas raciais, contudo, não resiste a um exame mais acurado. A proposta da lei eleitoral visa justamente a *igualar as condições de disputa* eleitoral entre homens e mulheres, não assegurar *isonomia de resultados*. O mecanismo eleito objetiva garantir *igualdade de pontos de partida*, não de *resultado*.

As cotas raciais previstas no processo admissional objeto da ADPF nº 186 partiam do pressuposto absolutamente *contrário*. Ao isolar caminhos diversos de seleção — o universal, aberto a todos, e o restrito aos afrodescendentes —, a política objetiva reduzir igualdades afetando diretamente o resultado objetivo do processo seletivo. Verifica-se, assim, que também a analogia entre a política de cotas raciais e a política de cotas por gênero no sistema eleitoral não se sustenta.

O terceiro argumento trazido pelo Supremo Tribunal Federal para sustentar a validade do programa da Universidade de Brasília diz respeito à inexistência de direito subjetivo dos demais candidatos a uma vaga no ensino superior público unicamente pelo critério de mérito aferido em um exame vestibular. Esse argumento, trazido pelo Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, é o mais forte. De fato, ninguém tem direito subjetivo a

uma vaga no ensino superior público segundo o critério de mérito. O art. 208, V, apenas dispõe que o acesso aos níveis mais elevados do ensino será dado segundo a capacidade de cada um, mas deixa muitas questões sem resposta a respeito de como a “capacidade” deve ser aferida. Além disso, o dispositivo constitucional não impõe que o acesso ao ensino superior ocorrerá apenas mediante o critério da capacidade, sendo perfeitamente possível que o Poder Legislativo ou a Administração Pública estabeleça critérios adicionais.<sup>8</sup>

Contudo, o argumento deixa de enfrentar uma questão central. Não se discute que ninguém tem direito subjetivo a ocupar uma vaga do ensino superior pura e simplesmente por mérito. Mas — e esse é o ponto central — pode ser que exista um direito subjetivo a concorrer a todas as vagas à disposição em uma universidade pública. Em outras palavras, as vagas de uma universidade pública deveriam estar disponíveis para acesso por todos os candidatos em potencial, que teriam o direito *subjetivo* de concorrer a todas.

Causa perplexidade inclusive o fato de que essa questão não foi veiculada nem na petição inicial da ADPF, e nem pelos Ministros que invocaram os precedentes norte-americanos a respeito da matéria. Com efeito, a discussão sobre o direito subjetivo de concorrer isonomicamente a todas as vagas de um certame público é ponto basilar para compreender porque, nos Estados Unidos, a Suprema Corte considerou os programas de cotas raciais inconstitucionais. Esse ponto será objeto de melhor discussão na próxima seção.

### 3. RAZÕES IMPORTANTES DEMAIS PARA SEREM ESQUECIDAS: O QUE FICOU DE FORA NA ADPF Nº 186

Além de os fundamentos apresentados pelo STF terem sido insuficientes para demonstrar a constitucionalidade da política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília, várias questões importantes foram deixadas de lado e que mereceriam ter sido debatidas no julgamento da ADPF. Nessa medida, nossa história institucional perdeu uma enorme oportunidade de discutir questões importantes, independentemente do resultado substantivo que se pudesse alcançar.

Algumas dessas questões poderiam ter sido identificadas caso o Requerente ou os Ministros tivessem dado maior atenção ao histórico do debate nos Estados Unidos da América. Não se trata de mera importação do debate alienígena, mas do reconhecimento de que é possível o aprendizado com a experiência do país que primeiro debateu no âmbito constitucional a questão das cotas raciais no acesso ao ensino superior. Ao invés de partir dessa premissa, o Ministro Lewandowski, Relator, limitou-se a dizer que, “a seu sentir”, a situação constitucional brasileira era diferente da norte-americana, pelo simples fato de que nossa constituição prevê reserva de vagas para deficientes físicos — questão totalmente diversa, como já se discutiu.<sup>9</sup> Por que nosso contexto é diferente? Em que medida? Mais o Relator não disse.



Na presente seção, parto da premissa oposta. É preciso considerar a experiência norte-americana — não para aceitar o juízo normativo negativo formulado por sua Suprema Corte a respeito da política de cotas raciais, mas para ponderar as questões que foram colocadas naquele contexto. E, nesse sentido, é preciso considerar o que se discutiu em três casos judiciais específicos: *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978; *Gratz et al. v. Bollinger et al.* e *Grutter v. Bollinger et al.*, ambos de 2002. Nos três casos, a Suprema Corte norte-americana afirmou o princípio de que, embora ações afirmativas promotoras de minorias étnico-raciais sejam admissíveis e até mesmo elogiáveis, cotas raciais são inconstitucionais e inadmissíveis. Mas, mais importante do que o resultado substantivo alcançado, é importante entender os fundamentos das decisões.

### 3.1. O CASO REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE

O caso *Bakke* é o mais importante dos três, em virtude de ter definido o cenário das ações afirmativas no ambiente universitário norte-americano.<sup>10</sup> No caso, discutiu-se o programa de admissão de candidatos para a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia no *campus* de Davis. Das cem vagas disponíveis, dezesseis foram destinadas a estudantes negros. Allan Bakke foi candidato a uma vaga no programa para uma das oitenta e quatro vagas universais, mas, apesar de ter obtido boas notas, teve sua admissão negada em dois anos consecutivos.

Após ser reprovado pela segunda vez mesmo tendo obtido notas superiores a alunos aprovados pelo sistema de quotas raciais, Bakke propôs ação judicial alegando a inconstitucionalidade do programa de ação afirmativa. A alegação foi baseada na tese de que o programa de admissão especial violava a Constituição norte-americana e a da Califórnia, além do Título VI do *Civil Rights Act*. O Juiz do caso, Manker, entendeu que o programa era inconstitucional e violava o Título VI da lei de 1964, por entender que “nenhuma raça ou grupo étnico deveria jamais ter privilégios ou imunidades não atribuídas a qualquer outra raça”. Como resultado, determinou que a Faculdade deixasse de levar em conta a raça como fator no processo admissional e reconsiderasse a candidatura de Bakke. Ambas as partes recorreram: Bakke por não ter sido determinada sua admissão imediata, e a Faculdade, em razão de seu programa ter sido declarado inconstitucional.

A Suprema Corte da Califórnia, após ouvir nove organizações na qualidade de *amicus curiae* — a maioria a favor da posição da universidade —, manteve a sentença. Em uma composição considerada das mais liberais entre as Cortes de Apelação americanas naquele momento histórico, a Suprema Corte Estadual manteve a sentença por 6 votos a 1, proibindo a universidade de utilizar o critério racial no processo de admissão e determinando que apresentasse evidência de que Bakke não teria sido admitido em um processo admissional neutro. Entendeu-se que, embora o programa servisse a um relevante interesse público<sup>11</sup>, o método eleito — cotas raciais — era muito drástico. Nos termos da decisão: “A universidade não se desvencilhou do ônus de demonstrar que os propósitos básicos



do programa não poderiam ser substantivamente alcançados por meios menos lesivos aos direitos da maioria”.<sup>12</sup>

Como a universidade não conseguiu desvencilhar-se desse ônus, a Corte determinou a integração de Bakke ao quadro de estudantes da faculdade de Medicina. A Universidade da Califórnia, em resposta, recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que em 22 de fevereiro de 1977 concedeu o *writ of certiorari*. Em 28 de junho de 1978, o Justice Lewis F. Powell anunciou a opinião da Corte, que se dividiu em seis opiniões distintas que discutiram três questões centrais. Nas palavras de Adolphus Levis Williams, Jr:

*As três questões principais, assim como o modo pelo qual os Justices votaram, eram as seguintes:*

1. *Bakke deveria ser admitido para a faculdade de medicina? Os Justices Powell, Stevens, Rehnquist, Stewart e o Presidente Burger votaram sim. Os Justices Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram não.*

2. *O sistema de cotas raciais da Faculdade de Medicina de Davis era aceitável? Os Justices Powell, Stevens, Rehnquist, Stewart, e o Presidente Burger votaram não. Os Justices Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram sim.*

(...)

3. *Pode a raça de um candidato ser considerada na decisão a respeito de quem deve ser admitido? Os Justices Powell [que disse poder ser a raça considerada ser a faculdade buscar construir um corpo de estudantes diversificado], Brennan, White, Marshall e Blackmun votaram sim. Contudo, o Presidente Burger e os Justices Stevens, Rehnquist e Stewart afirmaram que “a raça não era relevante nesse caso”.<sup>13</sup>*

O voto do Justice Powell foi especialmente importante dada a postura assumida por ele no caso. Powell foi o único a entender que, embora o sistema de cotas raciais fosse inconstitucional, o critério racial poderia ser utilizado no processo de seleção dos candidatos. Como a votação foi bastante apertada nos dois temas (5 a 4), a opinião dele fez com que grupos diferentes de Justices vencesse cada uma das discussões. O grupo composto por Stevens, Rehnquist, Stewart e Burger venceu a discussão a respeito da inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais, mas foi derrotado na questão a respeito do uso do critério racial como um dos elementos do processo de decisão admissional pelo grupo composto por Brennan, White, Marshall e Blackmun.

Apenas Powell compôs ambos os grupos, sustentando a opinião final da Corte: cotas são inconstitucionais, mas é possível a utilização do critério racial como um dos elementos de decisão no processo admissional. Dos cinco juizes que votaram pela *constitucionalidade* do uso do critério racial no processo seletivo, Powell foi o único a entender que Bakke tinha fundamento legal para a ação.<sup>14</sup> Por isso, compreender a sua opinião é essencial para o correto entendimento do que decidiu o *leading case*.

De acordo com Powell, a cláusula de igual proteção encartada na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana proíbe a adoção

de cotas raciais, por três razões: (i) elas não são o único meio administrativo, nem mesmo o mais eficaz, de introduzir diversidade no meio universitário; (ii) elas impedem que se trate cada indivíduo como tal, pois estabelecem um critério de corte cego, no qual não se considera as peculiaridades de cada candidato e estabelecem caminhos separados de admissão, excluindo um percentual das vagas da competição universal desde o início.

O argumento relacionado à diversidade foi discutido exaustivamente por Powell. Segundo seu voto, o relevante interesse público em produzir um ambiente universitário diversificado não é satisfeito pela mera diversidade racial. É preciso trazer considerações mais refinadas, possibilitando que minorias de outras naturezas — culturais, religiosas, acadêmicas, sexuais, entre outras possibilidades — também tenham espaço para ser contempladas. Nas palavras de Powell:

*O argumento do recorrente de que [as cotas raciais] são o único meio efetivo de servir ao interesse da diversidade é seriamente equivocada. Em um sentido mais fundamental, o argumento compreende equivocadamente a natureza do interesse público que justificaria a consideração do contexto étnico ou racial. Ele não é um interesse na mera diversidade étnica, em que um percentual específico do corpo discente é composto por membros de grupos étnicos selecionados, sendo o percentual remanescente um agregado indiferenciado de estudantes. A diversidade que promove um interesse público relevante abrange uma gama muito mais ampla de qualificações e características, das quais a origem racial ou étnica é apenas um, embora importante, elemento. O programa de admissão especial do recorrente, concentrado exclusivamente na diversidade étnica, prejudicaria, ao invés de promover, a busca pela genuína diversidade.<sup>15</sup>*

Em outros termos, não há motivo para privilegiar apenas uma ou algumas minorias em detrimento de outras minorias possivelmente existentes.

Mas o principal argumento de Powell para afirmar a inconstitucionalidade das cotas fundadas em critérios raciais é o segundo. De acordo com ele, o programa exclui, *a priori*, o acesso a um percentual específico das vagas por parte de candidatos que não fazem parte das minorias beneficiadas. Nos termos utilizados por Powell,

*[o programa] diz aos candidatos que não são negros, asiáticos ou mexicanos que eles estão totalmente excluídos de um percentual específico das vagas do processo admissional. Não importa quão forte seja suas qualificações, quantitativa e extracurricular, incluindo o seu potencial para contribuir para a diversidade educacional, nunca lhes é dada a chance de competir com candidatos dos grupos minoritários beneficiados pelas vagas de admissão especial. (...)*

*A falha fatal no programa preferencial do recorrente é sua descon sideração dos direitos individuais garantidos pela Décima Quarta Emenda. Esses direitos não são absolutos. Mas quando a distribuição*

*de benefícios ou a imposição de ônus têm por fundamento a ancestralidade ou a cor da pele de alguém, aquele indivíduo tem direito a uma demonstração de que a classificação questionada é necessária para promover um interesse público substancial. O recorrente falhou em se desvencilhar desse ônus. (destaques acrescidos)*

O argumento é fundamentado em duas premissas. Em primeiro lugar, está a tese de que todos os candidatos têm um direito subjetivo a concorrer em igualdade de condições. O argumento é distinto do lançado pela Ministra Rosa Weber, segundo a qual ninguém tem direito a uma vaga no ensino superior por mérito; segundo a Suprema Corte americana, embora isso seja verdade, os candidatos têm ao menos o direito procedimental a concorrer a todas as vagas disponíveis. E esse direito é violado quando cotas raciais restringem aprioristicamente quem pode concorrer a determinadas vagas.

A segunda premissa é a de que a cláusula de igual proteção exige que, para a utilização do critério racial como pressuposto intrínseco da distribuição de recursos ou imposição de deveres, é imprescindível demonstrar que o critério é necessário para promover o interesse público substancial. No contexto americano, a Suprema Corte daquele país concluiu que a política de cotas não era necessária para alcançar o relevante interesse público protegido — alcançar a diversidade mediante a inclusão de minorias no ambiente universitário.

Para chegar a esta conclusão, Powell comparou o programa de cotas étnico-raciais da Universidade da Califórnia com as ações afirmativas institucionalizadas em outras universidades, como o *Harvard College*, mencionado em uma das manifestações de *amicus curiae*.<sup>16</sup> Ao contrário da Recorrente, a universidade do Estado de Massachussetts não adotou um sistema fixo de cotas, mas de metas. Nesse sistema, o comitê de seleção teria maior liberdade de identificar indivíduos realmente representativos de determinadas minorias (não apenas raciais) e que poderiam agregar diversidade à comunidade acadêmica. O critério racial seria apenas um “plus”, um critério entre outros a serem alcançados. Haveria apenas uma meta ideal quanto ao número de alunos representativos de cada minoria, mas não seria utilizada uma régua para separar os candidatos a fim de reservar desde o início algumas das vagas para um determinado conjunto de minorias. Como esse sistema mais flexível não separaria um conjunto de vagas especificamente a este fim, todos os candidatos concorreriam em condição de igualdade a cada uma das vagas disponíveis.<sup>17</sup>

### 3.2. OS CASOS GRATZ V. BOLLINGER E GRUTTER V. BOLLINGER

As diretrizes fixadas no caso *Bakke* foram confirmadas e aprofundadas posteriormente em dois casos julgados em 23 de junho de 2003: *Gratz v. Bollinger*<sup>18</sup> e *Grutter v. Bollinger*.<sup>19</sup>

Em *Gratz*, a Corte julgou inconstitucional um programa de ações afirmativas adotado pelo *College of Literature, Science and Arts* da Universidade de Michigan. O programa consistia na atribuição automática de vinte

pontos (entre cem possíveis) para candidatos pertencentes a minorias. A Suprema Corte entendeu, por 6 votos a 3, que o sistema de pontuação adicional impedia que se efetuassem a contribuição efetiva que o candidato daria para incrementar a diversidade no ambiente universitário e que, por isso, era inconstitucional.

Para demonstrar esse ponto, o *Chief Justice* Rehnquist apresentou o seguinte exemplo: imaginemos a situação em que há três candidatos. O candidato A é filho de um bem sucedido médico negro, com promessa de excelente desempenho acadêmico. O candidato B é um negro que cresceu em um gueto e apresentou um desempenho acadêmico relativamente inferior, mas também demonstrou qualidades de liderança e interesse no empoderamento dos negros. Já o candidato C é um aluno branco com talento artístico extraordinário — um elemento que também poderia contribuir com a diversidade no ambiente acadêmico.

Em um sistema sem atribuição automática de pontos, mas com a consideração das contribuições que cada indivíduo poderia prestar para a diversidade do meio acadêmico — raciocina Rehnquist —, seria possível que o comitê de seleção ponderasse que já há muitos alunos com o perfil do candidato A e que é melhor, por essa razão, beneficiar o aluno B. Em um sistema com atribuição automática de pontos, A poderia estar sempre em vantagem, porque teria os mesmos 20 pontos adicionais que B, além da provável pontuação extra que obteria nos testes de admissão. O candidato C, por sua vez, mesmo tendo um talento considerável que poderia agregar bastante à diversidade no ambiente acadêmico, jamais teria esse talento individualmente considerado porque a pontuação extra é atribuída em um sistema rígido, pouco aberto à flexibilização.

O ponto de Rehnquist é que o sistema admissional precisa levar em consideração as características dos indivíduos, avaliando todas as suas peculiaridades, história de vida, dificuldades, e não apenas agregá-los a uma categoria específica com o fim de atribuir uma pontuação extra. Ao não proceder dessa forma, o programa não possibilitou que a contribuição individual dos candidatos para a diversidade fosse considerada e, portanto, era inconstitucional.

Em *Grutter*, o programa de ações afirmativas adotado pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan foi julgado constitucional. O sistema de admissão da *Law School* apenas utilizava o critério racial como um fator entre os demais considerados, de modo bem parecido com o programa de Harvard elogiado pelo *Justice* Powell no julgamento do caso *Bakke*.

No julgamento (um apertado 5 a 4), a *Justice* Sandra O'Connor, que apresentou a opinião da Corte, considerou que o programa buscava admitir uma massa crítica de estudantes oriundos de grupos subrepresentados, a fim de assegurar sua participação eficaz e garantir que não se sentissem “isolados ou como porta-vozes de sua raça”.<sup>20</sup> Além disso, seguindo a construção do *Justice* Powell em *Bakke*, salientou a existência de um relevante interesse público na construção de um corpo estudantil diversificado, capaz de gerar a tolerância interracial e mesmo a educação de uma mão-de-obra capacitada a participar de um mercado de trabalho global.

Se por um lado a Corte reafirmou o julgamento de *Bakke*, por outro foram afirmados princípios muito mais amplos de justificativas para as políticas de ação afirmativa. Em *Bakke*, a Corte afirmou a importância de um corpo estudantil diversificado por motivos estritamente acadêmicos; em *Grutter*, as considerações foram muito mais amplas, passando pelos benefícios para o mercado de trabalho e mesmo para a cidadania, na medida em que a diversidade é essencial “[p]ara cultivar líderes com legitimidade aos olhos dos cidadãos, por ser necessário que o caminho da liderança seja visivelmente aberto para indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias”.

### 3.3. SILÊNCIOS ELOQUENTES

Ao observar as discussões travadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, fica evidente que o universo de questões examinadas foi muito mais abrangente do que as analisadas no julgamento da ADPF nº 186. E o debate delas teria sido essencial para o deslinde do *leading case* brasileiro a respeito da matéria, que poderia ter promovido um debate jurídico-político muito mais rico e produtivo.

Não foram sequer mencionadas, por exemplo, três questões essenciais debatidas nos casos norte-americanos:

- (a) as cotas raciais, ao estabelecer caminhos diferentes de admissão (um universal e um racial) violam o direito subjetivo dos cidadãos que dela não se beneficiam em concorrer a todas as vagas disponíveis em um certame público?
- (b) As cotas raciais são necessárias para alcançar a *finalidade de interesse público* que as justifica - reversão de um passado de discriminação e construção de um ambiente acadêmico mais diversificado? Não há medidas menos gravosas capazes de alcançar o mesmo fim de maneira tão eficaz quanto as cotas?
- (c) É constitucional que programas de ações afirmativas estabeleçam um critério de corte cego, sem considerar as peculiaridades de cada candidato em processos admissionais, assumindo-se o risco de beneficiar indevidamente indivíduos que pouco compartilham das características que justificaram a adoção de cotas para a minoria racial de que fazem parte?

Ao invés de se concentrar em questões como essas, que eram evidentes no programa de cotas raciais adotado pela Universidade de Brasília, a discussão esvaiu-se em discussões filosóficas mais abstratas que pouco acrescentaram ao debate. De um acórdão com mais de 230 páginas é possível extrair pouco sobre o caso concreto que estava em discussão. Não se trata, evidentemente, de submeter o Supremo Tribunal Federal à jurisdição da Suprema Corte americana, mas de reconhecer que o julgamento da ADPF nº 186 omitiu várias questões relevantes e que a consideração da experiência norte-americana permitiria reconhecer — fosse para adotar o mesmo raciocínio ou para discordar do juízo daquele Tribunal.

Omissões podem falar alto. No caso em questão, elas gritaram, porque as ausências identificadas eram suficientemente relevantes para se caracterizar como elementos suficientes para, uma vez consideradas, levar o julgamento ao resultado oposto. A falta de debate institucional profundo sobre esses pontos levará a consequências severas não apenas na jurisprudência e na doutrina, mas também na legislação ordinária. Ao julgar apenas genericamente a matéria, deixando de debater as questões jurídicas *intrínsecas* à adoção de cotas raciais, distinguindo-as do gênero ações afirmativas, o Supremo Tribunal Federal ratificou uma série de políticas que podem vir a ser adotadas de maneira inquestionada.

Após o julgamento, foi aprovada a Lei de Cotas para o Ensino Superior (Lei nº 12.711/2012), com muitas características que poderiam — e deveriam — ter sido debatidas nesse julgamento, mas não foram. Já estão em discussão, também, projetos de lei visando ao estabelecimento de cotas raciais para concursos públicos para a contratação de servidores públicos, e questões como as suscitadas nem de longe têm sido consideradas.

E, no julgamento da ADPF nº 186, perdemos uma grande oportunidade de institucional de debatê-las. E dificilmente teremos outra oportunidade tão evidente.

## CONCLUSÃO

Richard Posner, no artigo *Against Constitutional Theory*, critica a postura da Suprema Corte norte-americana de, muitas vezes, perde-se em discussões teóricas, esquecendo-se do caso concreto que está sendo julgado. De acordo com ele, muitas vezes a teoria constitucional subjacente até pode vir a ser adequada, mas a falta de consideração dos elementos empíricos colocados na situação concreta leva a aporias que tornam a decisão confusa e desconectada da realidade:

*Meu ponto não é nem tanto que Romer e o caso VI foram decididos incorretamente, mas que as decisões têm tão pouca relação com a realidade que a questão de sua correção raramente surge. É a falta de apoio empírico que é e sempre tem sido o calcanhar de Aquiles do direito constitucional, não a falta de uma boa teoria constitucional.<sup>21</sup>*

A mesma crítica poderia ser dirigida ao julgamento proferido na ADPF nº 186. Típica ação de controle concentrado de ato concreto, boa parte dos votos poderiam ter sido extraídos diretamente de um manual de direito constitucional, dado que discutem abstratamente a fundamentação de políticas genéricas de ações afirmativas lastreadas no critério racial, sem *jamais* tocar no problema concreto da política de cotas raciais adotada pela Universidade de Brasília. Mesmo nos raros momentos em que o caso concreto foi discutido, as razões apresentadas são tão superficiais e internamente consistentes que dificilmente poderiam ser apontadas como *justificativas* para apoiar a validade constitucional do programa.

O Supremo Tribunal Federal deveria ter enfrentado a discussão a respeito de as cotas raciais serem mecanismos *necessários* para alcançar a finalidade pública pretendida com o programa, apresentando razões para crer que programas alternativos, menos lesivos ao interesse dos candidatos “universais”, não poderiam ser tão ou mais eficientes. Deveria ter enfrentado melhor a discussão a respeito dos chamados “tribunais raciais” que, embora tenha sido salientada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, surpreendentemente não foi debatida em Plenário. Deveria ter enfrentado a discussão sobre o direito de todos os candidatos a competirem por todas as vagas, ainda que houvesse um princípio de admissão preferencial para minorias. Além disso, as objeções *concretas* a ele deveriam ter sido melhor enfrentadas, apoiando-se em melhores elementos histórico-institucionais e discutindo-se, de fato, as questões principiológicas que estavam em jogo.

Mas nada disso foi discutido. Os votos, em sua maioria, limitam-se a travar uma longa discussão genérica que jamais vai ao encontro do caso concreto.

Essas críticas são de ordem procedimental. Independentemente do resultado concreto do julgamento, a natureza constitucional do programa de cotas raciais deveria ter sido melhor justificada. O resultado unânime do julgamento esconde a apatia de sua justificação. O que deveria ser a afirmação de força da política de cotas raciais revela-se, na leitura atenta dos votos, a prova derradeira da ausência de debate sobre as questões constitucionais verdadeiramente importantes que essa política deveria ter suscitado.



## >> NOTAS

- <sup>1</sup> Seligman/Guerlenda, 2012.
- <sup>2</sup> Veja, 2012.
- <sup>3</sup> Gentios, 2012.
- <sup>4</sup> Portal Vermelho, 2012.
- <sup>5</sup> Pimentel, 2012.
- <sup>6</sup> Nas palavras do constitucionalista Adrian Vermeule: “Na *falácia da composição*, o erro consiste em assumir que se os componentes de um agregado ou membros de um grupo têm certa propriedade, o agregado ou grupo precisam também apresentar aquela propriedade. O erro contrário é a *falácia da divisão*, que é assumir que, se o agregado tem uma certa propriedade, os componentes ou membros também precisam ter a mesma propriedade”. Cf. Vermeule, 2011: 17.
- <sup>7</sup> A respeito das diferenças entre os critérios de justificação na política e no direito, cf. Dworkin, 1986: 176-275. Em breve síntese, é possível dizer que Dworkin traça um paralelo entre a política e o direito a partir da instanciação do princípio da integridade a um domínio ou ao outro. A integridade na política realiza-se no domínio da legislação: a assembleia deve procurar elaborar as leis de maneira coerente, procurando ter em mente princípios mais fundamentais aplicáveis ao conjunto da legislação. A integridade no direito, por sua vez, se revela na atividade da interpretação judicial, e requer dos juizes que *tratem o direito como se ele expressasse* um conjunto de princípios coerentes. A integridade na política é prospectiva, na medida em que o legislador deve tomar decisões para o futuro lastreados em princípios *para o futuro* que também sejam *fundamentáveis* no passado. A integridade no direito é retrospectiva, porquanto o intérprete toma decisões sobre o passado com fundamento em princípios consolidados em uma história institucional já consolidada. Cf. Crowe, 2007: 167-180.
- <sup>8</sup> A respeito desse ponto, cf. Azevedo, 2007: 150-169. Esse é provavelmente o melhor texto delimitado sobre essa questão específica do direito subjetivo do acesso a uma vaga universitária por meio do critério de mérito. O autor, assim como os Ministros, defende a tese de que ninguém tem direito subjetivo a ter acesso a uma vaga no ensino superior apenas pelo critério meritocrático.
- <sup>9</sup> Nos termos do voto do Relator: “No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente” (p. 86).
- <sup>10</sup> A respeito do caso Bakke, cf. Williams, 1989: 129; Amar/Katyal, 1995: 1745-1780; Tilles, 2004; Time, 1978.
- <sup>11</sup> Preferiu-se adotar esta tradução (“relevante interesse público”) para o termo técnico *compelling governmental interest*, que se refere ao padrão de escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) utilizado no direito norte-americano para avaliar a constitucionalidade de certas políticas.
- <sup>12</sup> Nagan/Baldwin, 1978: 850.
- <sup>13</sup> Williams, 1989: 208.
- <sup>14</sup> Nagan/Baldwin, 1978: 851.
- <sup>15</sup> Os destaques foram acrescentados. Todas as citações do caso Bakke foram extraídas de *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S 265 (1978). Disponível em <[http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265#writing-USSC\\_CR\\_0438\\_0265\\_ZO](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265#writing-USSC_CR_0438_0265_ZO)>. Acesso em 17 jan. 2015.
- <sup>16</sup> Nas palavras de Powell: “A experiência de outros programas admissionais universitários, que levam em conta a raça para alcançar a diversidade educacional valorizada pela Primeira Emenda, demonstra que a designação de um número fixo de vagas para um grupo

minoritário não é um meio necessário para esse fim. Um exemplo iluminador é o do programa do *Harvard College*.”

- <sup>17</sup> Ronald Dworkin discorda da distinção estabelecida por Powell entre cotas e metas. Para ele, tanto um sistema quanto outro limitariam o acesso dos candidatos não pertencentes a minorias. Cf. Dworkin, 2005: 461-462. A meu ver, contudo, Dworkin comete o mesmo equívoco que o Ministro Marco Aurélio ao comparar a política de cotas raciais com a reserva de percentual de candidaturas por gênero. O sistema de seleção mais flexível, como o adotado em Harvard, procura equalizar as oportunidades de acesso, sem retirar dos candidatos não pertencentes a grupos minoritários a oportunidade de competir por cada uma das vagas disponíveis. Esse sistema se aproxima mais do programa de reserva de candidaturas eleitorais por gênero, gerando maior igualdade no processo de competição por uma vaga, ao passo que o programa de cotas mais se assemelha ao programa de reserva de vagas para pessoas com deficiência. Contudo, como já se discutiu anteriormente, não há motivo para aplicar política idêntica à situação das minorias raciais.
- <sup>18</sup> *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003). Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-516.ZO.html>>. Acesso em 19 jan. 2015.
- <sup>19</sup> *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/02-241#writing-ZO>>. Acesso em 19 jan. 2015.
- <sup>20</sup> Tilles, 2004: 458.
- <sup>21</sup> Tradução livre de POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*. *New York University Law Review*, v. 73, p. 1–22, 1998. p. 22.

## >> REFERÊNCIAS

- Amar, Akhil Reed/ Katyal, Neal Kumar (1995). "Bakke's Fate". *UCLA Law Review* 43, 1745–1780.
- "Ao aprovar cotas, STF busca 'justiça material'" (2012). *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/ao-aprovar-cotas-stf-busca-justica-material>>. Acesso em 10 dez. 2014.
- Azevedo, Damião Alves de (2007). *A Justiça e as Cores: a Adequação Constitucional das Políticas Públicas Afirmativas Voltadas para Negros e Indígenas no Ensino Superior a Partir da Teoria Discursiva do Direito*. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília.
- "Bakke Wins, Quotas Lose". *Time*, p. 1–6, 1978.
- Crowe, Jonathan (2007). "Dworkin on the Value of Integrity". *Deakin Law Review* 12, 167–180.
- Dworkin, Ronald  
(2005). *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes.  
(1986). *Law's Empire*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Gentios, Gustavo (2012). "Com 10 votos a 0, STF aprova cotas raciais em universidades". *Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/com-10-votos-a-0-stf-aprova-cotas-raciais-em-universidades,b8dbdc84ofoda310VgnCLD200000bbceboarCRD.html>>. Acesso em 10 dez. 2014.
- "Movimento negro comemora legalização de cotas nas universidades" (2012). *Portal Vermelho*. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/181799-8>>. Acesso em 7 jan. 2015.
- Nagan, Winston/Baldwin, Fletcher N., Jr (1978). "Board of Regents v. Bakke: The All-American Dilemma Revisited". *University of Florida Law Review* XXX, 843–866.
- Pimentel, Carolina (2012). "Movimento negro considera positiva decisão sobre cotas e diz que pressionará instituições de ensino". *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-04-26/movimento-negro-considera-positiva-decisao-sobre-cotas-e-diz-que-pressionara-instituicoes-de-ensino>>. Acesso em 7 jan. 2015.
- Posner, Richard A. "Against Constitutional Theory" (1998). *New York University Law Review* 73, 1–22.
- Seligman, Felipe/Guerlenda, Nádia (2012). "Por unanimidade, STF decide a favor das cotas". *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/39568-por-unanimidade-stf-decide-a-favor-das-cotas.shtml>>. Acesso em 7 dez. 2014.
- Tilles, Eric A. (2004). "Lessons From Bakke: the Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment". *University of Pennsylvania. Journal of Labor and Employment Law* 6 (2), 451–465, 2004.
- Vermeule, Adrian (2011). *The System of Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, Adolphus Levi, Jr (1989). "A Critical Analysis of the Bakke Case". *Southern University Law Review* 16, 129–230.

**O TRANSPLANTE DA ANÁLISE DE CONTEXTO  
PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL NO DIREITO  
INTERNO COLOMBIANO**

// THE TRANSPLANTATION OF CONTEXT  
ANALYSIS FOR THE CRIMINAL LAW  
INVESTIGATION IN COLOMBIA'S DOMESTIC LAW

Carlos Bernal Pulido

**>> RESUMO // ABSTRACT**

O transplante de conceitos jurídicos é uma tendência do direito em nossos dias. Esta tendência tem especial importância na América Latina, onde as altas cortes de quase todos os países começaram a introduzir, no direito interno, conceitos e metodologias estruturadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma dessas metodologias é a análise de contexto. Este artigo estuda os principais problemas que suscita para a investigação penal. // In contemporary legal systems, the transplantation of legal concepts has become a trend. This trend is especially evident in Latin America, where the law from the highest legal institutions of many countries is being introduced into domestic law. Including concepts and methodological structures taken from the Inter-American Court of Human Rights. One of these methodologies is context analysis. This article studies the main problems that the transplantation of this methodology has for criminal investigation, by looking from international law and Colombia's domestic law.

---

**>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Conceitos Jurídicos; Transplantes Jurídicos; América Latina; Análise de Contexto; Colômbia. // Legal Concepts; Legal Transplantations; Context Analysis; Colombia.

---

**>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Professor associado da Macquarie Law School. Bacharel em Direito (Universidad Externado de Colombia, 1996), Doutor em Direito (Universidad de Salamanca, 2001), Master em Filosofia (Universidad de la Florida, 2008) e Doutor em Filosofia (Universidad de la Florida, 2011). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au // Associate professor at Macquarie Law School. Graduated in law (Universidad Externado de Colombia, 1996), Doctor in Law (Universidad de Salamanca, 2001), Master in Philosophy (Universidad de la Florida, 2008) and Doctor in Philosophy (Universidad de la Florida, 2011). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au.

---

**>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE**

Tradução de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais-Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Master em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG. E-mail: gmariabfreitas@gmail.com; graca.borges@est.uexternado.edu.co. // The author thanks Livia Cherem for the translation of this article into English and Andrew Morrell for a careful revision of the translation.

## I. INTRODUÇÃO

O transplante de conceitos jurídicos é uma tendência do direito em nossos dias. Esta tendência tem especial importância na América Latina, onde as altas cortes de quase todos os países começaram a introduzir, no direito interno, conceitos e metodologias estruturadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma dessas metodologias é a análise de contexto. Este artigo estuda os principais problemas que suscita para a investigação penal o transplante desta metodologia desde o direito internacional para o direito interno colombiano.

Este texto está centrado em três problemas teóricos: o problema conceitual, o problema funcional e o problema do transplante. O problema conceitual deriva de dois fatores. O primeiro é a existência de diferentes concepções acerca da análise de contexto. O segundo radica em que a investigação de fatos puníveis pode ser levada a cabo mediante o uso de várias metodologias. A análise de contexto é uma delas. Então, surgem as questões sobre em que se diferencia a análise de contexto das demais metodologias e que relações existem entre aquela e estas (são metodologias complementares, alternativas ou contraditórias?). De forma mais específica, o primeiro elemento consiste em que os operadores jurídicos internacionais e nacionais – neste último âmbito, notadamente, a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia – utilizam o conceito de análise de contexto com vários significados. Estes diversos significados podem ser denominados concepções. Isso faz com que o conceito de análise de contexto sofra de ambiguidade. É possível vincular interpretativamente a este conceito várias concepções. Portanto, é preciso investigar quais são essas concepções, que relações guardam entre elas e qual delas é preferível. O segundo elemento do problema conceitual é estabelecer quais são as relações existentes entre o conceito de análise de contexto e outros conceitos relevantes para a investigação de fatos puníveis. Em relação a esse aspecto, aqui se levará em conta os conceitos de designio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão. Estes conceitos foram utilizados no âmbito do direito internacional, sobretudo, pela jurisprudência da Corte Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como parte de metodologias de investigação de fatos puníveis complexos e sistemáticos.

Um segundo problema teórico a que dá lugar a utilização da análise de contexto no direito interno é o problema funcional. Este problema se refere à necessidade de estabelecer a função que cumpre esse tipo de análise. Ao menos três funções podem ser consideradas a esse respeito: ser uma heurística para a investigação penal, ser base para a imputação de responsabilidade penal, e ser substituto da prova. É preciso investigar este problema desde dois pontos de vista: um analítico e outro crítico-normativo. Desde a perspectiva analítica, deve ser estabelecido qual destas funções é a que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia atribuiu ou pretende atribuir à análise de contexto. Desde a perspectiva crítico-normativa, é preciso determinar qual dessas funções é a que deve corresponder à análise de contexto dentro do marco de um Estado de direito.

A análise de contexto é uma metodologia de investigação judicial que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia transplantou ao direito interno desde o direito internacional. O terceiro problema, ou seja, o problema do transplante, se refere à pergunta sobre se levar a cabo tal importação conceitual resulta admissível. Para responder a esta questão é preciso analisar três aspectos. Primeiro, quais são as condições que devem reunir os âmbitos de origem e de destino dos conceitos jurídicos para que um transplante seja admissível. Segundo e terceiro, se os âmbitos de origem e de destino da análise de contexto reúnem tais condições, de tal modo que o transplante desse conceito desde aquele até este possa ser catalogado como admissível.

## II. O PROBLEMA CONCEITUAL

Esta seção se divide em três partes. Na primeira, se explica a diferença existente entre conceito e concepção em filosofia geral e na teoria do direito. Na segunda, se explora o surgimento do conceito de análise de contexto a partir dos conceitos de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão. Ali se defende a tese de que a análise de contexto é uma metodologia que se origina a partir de uma evolução desses outros conceitos no direito penal internacional e no direito internacional dos direitos humanos. Na terceira seção se expõe a maneira em que essa singular origem deu lugar a que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia faça emprego de distintas concepções do conceito de análise de contexto.

### A. A DIFERENÇA ENTRE CONCEITO E CONCEPÇÃO EM FILOSOFIA E EM TEORIA DO DIREITO

O direito se refere a algumas ideias sobre as quais podem ser gerados debates intermináveis. Um exemplo claro é a ideia de justiça. Para os utilitaristas, por exemplo, a justiça consiste em distribuir bens na sociedade, de forma tal que se otimizem os benefícios e se minimizem os danos e os ônus. Por sua parte, para os que professam teorias deontológicas, a justiça consiste no respeito aos direitos humanos. Além disso, existem desacordos no interior dessas correntes teóricas. Os utilitaristas debatem sobre o que deve ser entendido por benefício, ao passo que quem defende a deontologia não compartilha um conceito uníssono de direitos humanos.

O uso no direito de conceitos que dão lugar a desacordos profundos suscitou o surgimento, na filosofia geral e na teoria do direito, da distinção entre conceito e concepção. Enquanto os conceitos se referem a ideias gerais, por exemplo, a ideia de justiça, as concepções denotam os variados entendimentos que os teóricos podem ter de cada um de tais conceitos. Assim, por exemplo, as distintas teorias utilitaristas e deontológicas expressam diferentes concepções do conceito de justiça.

A diferença entre o conceito e as concepções sobre um conceito se deve ao filósofo William Gallie, quem, em 1956, escreveu um influente artigo



com um título que poderia ser traduzido como “Conceitos essencialmente controvertidos” (Gallie: 1956). A ideia básica de Gallie é que certos conceitos teóricos que se aplicam à moral e ao direito, tais como os que aludem ao “justo”, ao “correto” e ao “bom”, são essencialmente controvertidos. Estes conceitos parecem ter um significado que, em parte, é compartilhado por quem os usa, como, por exemplo, que é bom evitar sofrimentos desnecessários. Sem embargo, mais além dessa zona de acordo, estes conceitos dão lugar a disputas e a que sejam usados pelos teóricos de formas diversas e, às vezes, inconsistentes entre si.

Depois de Gallie, John Rawls utilizou a diferença entre conceito e concepção em sua *Teoria da justiça* (Rawls: 1999). Rawls aludiu à distinção entre o conceito de justiça e à existência de diversas concepções particulares acerca da justiça. Dentro deste marco, Rawls defendeu sua ideia de justiça como equidade, como a melhor concepção de justiça.

Depois de Rawls, Ronald Dworkin valeu-se também da diferença entre conceito e concepção em *O império do Direito* (Dworkin: 1988). A ideia fundamental de Dworkin é que quando interpretam os conceitos constitucionais (como, p. ex., o conceito de igualdade), os juizes devem estabelecer qual é a concepção de ditos conceitos (p. ex., a concepção de igualdade) que melhor se ajusta à prática do direito. Dessa forma, Dworkin enfatizou que a diferença entre conceito e concepção deve levar os juristas a esquadriñar qual das diferentes concepções sobre um conceito é a mais apropriada.

A existência de várias concepções em relação aos conceitos também é relevante em relação a conceitos jurídicos que têm menos implicações valorativas. Um exemplo pode ser encontrado no conceito de causalidade. Em matéria de responsabilidade penal ou civil existem várias concepções sobre o conceito de causalidade. Uma delas é a de causalidade fática, que se refere a que, de fato, o evento ‘B’ tenha sido causado pelo evento ‘A’. Outras concepções da causalidade se referem à causalidade jurídica. De acordo com uma delas, o famoso *but for test*, pode ser reputado juridicamente que o evento ‘A’ foi causa do evento ‘B’ se, e somente se, no caso de que se o evento ‘B’ não tivesse acontecido, o evento ‘A’ tampouco havia tido lugar.

Quando um conceito dá lugar a várias concepções é preciso analisar ditas concepções, para estabelecer quando, de que maneira e em que sentido os interlocutores que participam no diálogo social o utilizam. Como a seguir se mostrará, devido à sua origem multiforme, em diferentes âmbitos do direito internacional, o conceito de análise de contexto deu lugar a várias concepções dentro do discurso da própria Procuradoria Geral da Nação. Resulta ineludível analisar tais concepções com três objetivos: primeiro, para ter clareza acerca do que significa e em que consiste a metodologia de análise de contexto; segundo, para estabelecer se alguma das diversas concepções desta metodologia poderia eventualmente resultar apropriada para sua aplicação no direito penal interno colombiano, e, se é assim, terceiro, para determinar qual delas seria a mais adequada.

## B. ANÁLISE DE CONTEXTO, DESÍGNIO COMUM, ATIVIDADE CRIMINOSA CONJUNTA, MODUS OPERANDI, PRÁTICA E PADRÃO

Como mais adiante se verá, o conceito e a metodologia de análise de contexto pretendem servir de base para estruturar, de uma maneira mais forte ou mais débil, os fundamentos para imputar responsabilidade penal a indivíduos por sua participação em uma atividade penal coletiva. Nesse sentido, esta metodologia surge como uma elaboração dos conceitos prévios de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão, desenvolvidos e utilizados para fins similares –ainda que não idênticos– em vários âmbitos do direito internacional.

### A) O CONCEITO DE DESÍGNIO COMUM

Um primeiro antecedente se encontra no conceito de desígnio comum. Este conceito foi utilizado pela primeira vez no âmbito da investigação de atividades penais coletivas, por parte das comissões e cortes militares criadas pelos aliados após sua vitória na Segunda Guerra Mundial. É bem certo que o conceito de desígnio comum já contava com uma trajetória notável no direito penal inglês. Sem embargo, foi no marco da segunda pós-guerra, que, pela primeira vez, foi utilizado para acusar e condenar as pessoas que trabalhavam nos campos de concentração e os adeptos do regime nazista que haviam incentivado as turbas e os linchamentos contra os aliados. A responsabilidade penal derivada do conceito de desígnio comum exigia a existência de evidências de que o acusado era consciente (*mens rea*, é a expressão anglo-saxã relevante) de que sua conduta havia contribuído ao delito de alguma maneira (ver os casos *Werner Rohde & Eight Others* e *Bruno Tesch & Others*)<sup>1</sup>. Junto a isso, exigia um elemento físico que era um tanto ambíguo. Tratava-se de que a cooperação do acusado houvesse tido um efeito real na prática do delito (ver o caso *Max Wielen & Seventeen Others*). Deve ser advertido que esta teoria não permitia diferenciar o delinquente do cúmplice. Todos os acusados eram considerados como partícipes no delito em um mesmo grau.

### B) O CONCEITO DE ATIVIDADE CRIMINOSA CONJUNTA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

Um segundo antecedente do conceito de análise de contexto se encontra na doutrina da atividade criminosa conjunta (*Join Criminal Enterprise*). Esta doutrina foi acunhada e utilizada pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, e logo, pela Corte Penal Internacional para Ruanda. Ela estabelece um modelo de responsabilidade penal pessoal derivado da comissão de um delito coletivo (Olásolo: 2009).

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia desenhou o conceito de atividade criminosa coletiva no caso *Tadić*. Em tal processo, a sala de apelações da Corte se referiu às debilidades da doutrina do desígnio comum, explicadas na seção anterior. Sustentou que o conceito

de desígnio comum se aplicava a três categorias diferentes de delitos coletivos. A primeira categoria se refere aos casos nos quais todos os acusados têm a mesma intenção de levar a cabo um desígnio penal comum (p. ex., o homicídio de uma pessoa). A segunda categoria tem a ver com os casos atinentes aos campos de concentração. Em tais casos se exige que o acusado tenha tido participação ativa na implementação de um sistema de repressão. Esta participação pode ser inferida de sua posição de autoridade e das funções específicas que cada acusado cumpria. Além disso, o elemento subjetivo-intencional abarcava dois aspectos: (1) o conhecimento da natureza do sistema de repressão e (2) a intenção de levar a cabo o desígnio comum mediante o maltrato dos prisioneiros no campo de concentração. Este elemento subjetivo-intencional também podia ser inferido da posição que o acusado tinha no campo de concentração. Por último, a terceira categoria alude a casos nos quais um dos perpetradores leva a cabo um ato que, apesar de afastar-se do desígnio comum, é uma consequência natural e previsível de fazer efetivo o desígnio comum (*Tadić*: 228).

Destas três categorias, é a terceira a que resulta mais debatível desde o ponto de vista teórico. Dela pode ser derivada a responsabilidade penal de pessoas que tiveram uma implicação bastante remota com os fatos delictivos. No caso *Tadić*, por exemplo, o acusado foi condenado com base na doutrina concernente a esta categoria. Em desacordo com o determinado pela sala de primeira instância, a sala de apelações condenou a *Tadić*, pelo homicídio de cinco pessoas que foram transportadas para fora de Jaskici, com o mesmo grau de responsabilidade com o que foram condenados quem de fato perpetraram o homicídio. A sala de apelações argumentou que se havia provado que, apesar de que *Tadić* não havia levado a cabo fisicamente o homicídio, sim compartilhava com os perpetradores a intenção de transportar as vítimas para fora de Jaskici. Ademais, a sala considerou que o homicídio de tais vítimas durante sua mobilização fora de Jaskici era previsível.

Isso quer dizer que o elemento subjetivo-intencional da terceira categoria da teoria do desígnio comum é diferente daquele das duas primeiras. As duas primeiras exigem do acusado a intenção de participar e de levar a cabo a atividade criminosa que constitui o propósito do grupo. Exigem que todos os participantes tenham esta mesma intenção. Diversamente, a utilização da terceira categoria faz possível atribuir responsabilidade penal ao participante em um crime que se afaste do objetivo comum (no caso *Tadić*, o objetivo era transportar as vítimas para fora de Jaskici), quando se apresentam as seguintes duas condições: (1) que seja previsível que algum dos membros do grupo perpetre o delito sobrevivendo como parte da atividade comum; y (2) que o acusado voluntariamente haja aceitado esse risco (*Tadić*: 192).

Em razão da particularidade dessa terceira categoria, desde então se independizou como a doutrina da atividade criminosa coletiva. Esta doutrina fundamenta a imputação de delitos coletivos, quando por detrás destes existe um plano coletivo ou uma política desenhada ou implementada por indivíduos que atuam em diferentes níveis e com

papéis distintos, cada um dos quais contribui de uma maneira particular para alcançar o objetivo criminoso conjunto. O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia utilizou o conceito de atividade criminosa coletiva sobretudo para acusar e condenar a autores intelectuais, quer dizer, políticos e militares de alto nível que, em sua qualidade de superiores hierárquicos, idealizaram a comissão de crimes internacionais. Dentro deste marco, o exemplo mais proeminente é o da Sentença contra de Slobodan Milosevic.

### C) *MODUS OPERANDI*, PRÁTICA E PADRÃO

As noções de *modus operandi*, prática e padrão também guardam uma relação conceitual com a metodologia de análise de contexto. Em uma extensa jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (de agora em diante, a CIDH) utilizou estas noções com o fim de encontrar uma base para imputar não agora responsabilidade penal a indivíduos, senão responsabilidade internacional aos Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por violações aos direitos humanos cometidas por autoridades estatais. Dentro deste âmbito, a base para a imputação de responsabilidade estatal é a reconstrução de certas maneiras de atuar reiteradas por parte das autoridades estatais, que dá lugar a certas práticas e padrões de comportamento reconhecidos publicamente e que são violadores dos direitos humanos.

Sobre esta base, por exemplo, a CIDH declarou a responsabilidade internacional de Honduras, nos casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís*, por desaparecimentos forçados cometidas no meio de uma situação de violência generalizada no país. Ditas desaparecimentos faziam parte de uma prática oficial de persecução contra a oposição. No caso marco, *Velásquez Rodríguez*, a CIDH sustentou:

*... no modus operandi da prática de desaparecimentos, os sequestros seguiram o mesmo padrão: se usava automóvel com vidros escurecidos (cujo uso requer uma permissão especial da Direção de Trânsito), sem placas ou com placas falsas e os sequestradores algumas vezes usavam trajes especiais, perucas, bigodes postiços, o rosto coberto, etc. Os sequestros eram seletivos. As pessoas eram inicialmente vigiadas, em seguida, se planificava o sequestro, para o qual se usavam micro-ônibus ou carros fechados. Algumas vezes eram sequestradas no domicílio, outras na via pública. Em um caso em que interveio um carro patrulha e interceptou os sequestradores, estes se identificaram como membros de um corpo especial das Forças Armadas e se lhes permitiu ir-se com o sequestrado (Velásquez Rodríguez: 99).*

Na mesma Sentença, a Corte assinalou que os conceitos de *modus operandi*, prática e padrão permitem condenar a um Estado por violações dos direitos humanos, apesar de não existir uma evidência concreta disso. Nesse sentido, a Corte aclarou: “Quando a existência de tal prática ou política haja sido provada, é possível, seja mediante prova circunstancial ou

indireta, ou ambas, ou por inferências lógicas pertinentes, *demonstrar* a desapareição de um indivíduo concreto, que de outro modo seria impossível, pela vinculação que esta última tenha com a prática geral” (Velásquez Rodríguez: 124, ênfase fora do texto).

Desta maneira, para evidenciar a responsabilidade do Estado por uma determinada violação dos direitos humanos, basta provar (1) a existência de um *modus operandi*, uma prática ou um padrão de violação de direitos humanos, e (2) que existe algum tipo de vinculação entre a violação dos direitos humanos e aquele *modus operandi*, prática ou padrão.

A CIDH, sem embargo, precisou que, em razão do impacto que tem sobre o devido processo, esta metodologia é diferente daquela que deve ser utilizada no interior dos Estados para fundamentar a imputação de responsabilidade penal. Neste sentido, a Corte aclarou: “Para um tribunal internacional, os critérios de valoração da prova são menos formais que nos sistemas legais internos. No que tange ao requerimento de prova, esses mesmos sistemas reconhecem gradações diferentes que dependem da natureza, caráter e gravidade do litígio” (Velásquez Rodríguez: 128).

Além disso, esclareceu: “a proteção internacional dos direitos humanos não deve ser confundida com a justiça penal. Os Estados não comparecem ante a Corte como sujeitos de ação penal. O Direito internacional dos direitos humanos não tem por objeto impor penas às pessoas culpadas de suas violações, senão amparar às vítimas e dispor sobre a reparação dos danos que lhes tenham sido causados pelos Estados responsáveis por tais ações” (Velásquez Rodríguez: 134).

De alguma maneira, essa diferença se deve ao propósito de aliviar as dificuldades que tem o demandante para ter acesso às evidências para um processo internacional. A CIDH sustentou a respeito: “[à] diferença do Direito penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode repousar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado” (Velásquez Rodríguez: 135).

Por último, é relevante destacar que a metodologia baseada nas noções de *modus operandi*, prática e padrão foi utilizada pela CIDH em outros casos, tais como *Loayza Tamayo*, *Castillo Páez*, *Blake*, *Massacre de Plan de Sánchez*, *Massacre dos 19 comerciantes*, *Mapiripán*, *Pueblo Bello*, *Ituango* e *La Rochela*, estes últimos cinco contra Colômbia.

### C. CONCEITO E CONCEPÇÕES DA ANÁLISE DE CONTEXTO

Com base no estudo do surgimento da análise de contexto a partir dos conceitos de designio comum, atividade criminosa conjunta e *modus operandi*, prática e padrão, é possível empreender agora a tarefa de discernir em que consiste o conceito de análise de contexto, e se trata-se de um conceito unívoco ou, pelo contrário, de um conceito que dá lugar a várias concepções.

Para este fim, aqui serão levadas em conta quatro fontes oficiais da Procuradoria Geral da Nação: a Resolução 1810 de 2012, mediante a qual o Procurador Geral da Nação criou a Unidade Nacional de Análise e

Contextos; o livro *La priorización* (Fiscalía, 2013,b); o Relatório do primeiro ano da Unidade Nacional de Análise e Contextos: “Inovação na investigação penal. Relatório de Prestação de contas 2012-2013” (Fiscalía, 2013,a); e a Diretiva 001 de 2012.

### 1) A ANÁLISE DE CONTEXTO NA RESOLUÇÃO 1810 DE 2012

A Resolução 1810 de 2012 torna explícitas várias propriedades do conceito de análise de contexto. Sem embargo, ao mesmo tempo, contém algumas ambiguidades que originam diversas concepções deste conceito.

Uma avaliação do texto de tal Resolução revela que a análise de contexto é um novo “paradigma de investigação” dos delitos ou um novo “modelo de gestão judicial da investigação penal”. Este modelo se opõe a um modelo anterior, que se qualifica de ineficaz, e de ser causa de impunidade. De acordo com a Resolução, a característica principal do modelo anterior consiste em que os delitos eram investigados como “fatos isolados”. Se isso é assim, deve concluir-se que uma propriedade essencial do novo modelo é que nele não se investigam os delitos como fatos isolados.

Contudo, a Resolução torna-se obscura no que concerne à explicação dos alcances dessa característica. Por uma parte, a Resolução estabelece que o novo modelo se enfoca no “desenho e implementação de umas estratégias que conduzam a combater, de maneira eficaz, os diversos fenômenos delinquentes atribuíveis a organizações delitivas”. Esta primeira indicação daria lugar a pensar que o novo modelo será aplicado exclusivamente para a persecução de delitos atribuíveis a organizações delitivas. É possível chamar a esta concepção da análise de contexto a *concepção subjetiva* atinente a organizações delitivas. Resulta plausível vincular esta concepção às doutrinas internacionais do desígnio comum ou da atividade criminosa conjunta. Tais doutrinas também se oferecem como metodologias para o esclarecimento de fatos puníveis que podem ser atribuídos a organizações.

Não obstante, a Resolução, de forma um tanto misteriosa, assinala que o novo modelo pretende corrigir o seguinte problema: “que a atividade investigativa da Procuradoria Geral da Nação não pôde ser focalizada na persecução de delitos, que se bem é certo, não são perpetrados por organizações delitivas, mas afetam de maneira irreversível o tecido social da Nação, devido a sua particular gravidade em termos de vulneração dos direitos fundamentais das vítimas, dos bens juridicamente amparados ou pela existência de padrões culturais discriminatórios”.

Desta indicação derivaria uma segunda concepção do conceito de análise de contexto. Trata-se de uma *concepção objetiva* desta. Segundo esta concepção, o modelo do contexto não se aplicaria à persecução de delitos cometidos por organizações delitivas, senão de delitos que afetam de maneira irreversível (o significado de “irreversível” não é de todo claro) o tecido social e vulneram gravemente os direitos fundamentais.

A concepção subjetiva da análise de contexto, ou seja, a primeira, dá lugar ao problema de identificar o que deve ser entendido por



um delito perpetrado por uma organização delitiva. A concepção objetiva, quer dizer, a segunda, dá lugar a um problema maior. Ela implica uma mudança total de paradigma da investigação penal dos delitos que afetam de maneira irreversível o tecido social e que implicam graves violações aos direitos fundamentais.

Um câmbio de paradigma desta natureza não pode ser objeto de uma Resolução da Procuradoria senão de uma reforma constitucional. A Constituição Política é a fonte de direito chamada a estabelecer as bases do sistema penal. Se o povo considera que tais bases devem ser reformadas, então é preciso emendar o texto da Constituição Política, por exemplo, da forma em que se levou a cabo mediante os atos legislativos 03 de 2002 e 02 de 2003, que estruturaram o sistema acusatório.

Uma leitura sistemática da Resolução parece indicar que a concepção que nela se estabelece é a concepção subjetiva atinente a organizações delitivas. Neste sentido, a Resolução fundamenta a criação da Unidade Nacional de Análise de Contexto da Procuradoria Geral da Nação, em que deve ser acolhido “um modelo de investigação que permita adiantar a indagação das condutas delitivas não como fatos isolados e desconexos, senão como o resultado do acionar de organizações delitivas dentro de um determinado contexto”, ou, em outros termos, “um modelo investigativo onicompreensivo do fenômeno criminoso, suportado sobre a análise criminal e a construção de contexto”. Dita Unidade, portanto, se perfilha como uma “unidade especializada em análise criminal que lhe permita à Procuradoria Geral da Nação criar os respectivos contextos e desentranhar os fenômenos delitivos da macro-criminalidade”.

Contudo, a Resolução não limita a competência desta Unidade à concepção subjetiva. No sentido da concepção objetiva, também lhe atribui poderes para investigar casos de alta prioridade e aqueles que afetam de maneira grave os direitos e garantias fundamentais. Neste aspecto, a Resolução incorre também em vagueza, porque não define o que deve ser entendido por “alta prioridade” nem por afetação grave dos direitos e garantias fundamentais, dentro deste marco.

## 2) A ANÁLISE DE CONTEXTO NO LIVRO A PRIORIZAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DA NAÇÃO

Sobre este último tema resulta pertinente o que tanto o Procurador Geral da Nação como o, então, Diretor da Unidade Nacional de Análise e Contextos sustentam no livro *A priorização* (Fiscalía, 2013,b).

De acordo com o Procurador Geral da Nação, a priorização “é uma técnica de gestão da investigação penal que permite estabelecer uma ordem de atenção entre petições cidadãs de justiça com o fim de garantir, em condições de igualdade material, o gozo efetivo do direito fundamental de acesso à administração de justiça” (Fiscalía, 2013,b: 20). O Procurador vincula, de uma forma que não resulta de todo clara, a investigação de contexto com o outorgamento de prioridade a algumas petições cidadãs de justiça. De forma metafórica, o Procurador explica a investigação de contexto como a tarefa de elucidar o funcionamento dos elementos da



maquinaria [delitiva]” (ibíd.). Sustenta que “pretende-se não investigar todos e cada um dos delitos cometidos pelo aparato organizado de poder, como se tratassem de condutas isoladas, senão [...] compreender a estrutura e o funcionamento de organizações a serviço delitivo, a efeitos de imputar responsabilidade penal aos máximos responsáveis, sejam planejadores ou colaboradores” (ibíd.).

Desta maneira, reitera a concepção subjetiva da análise de contexto, atinente às organizações delitivas. Sem embargo, não resta claro que relação tem isso com os temas prioritários, ou dito na terminologia do Ato Legislativo 01 de 2012, que estabelece os instrumentos de justiça transicional do Marco Jurídico para a Paz, com o conceito de priorização<sup>2</sup>. Nem todos os temas que podem ser catalogados como prioritários se relacionam necessariamente com organizações delitivas, nem todos os delitos perpetrados por organizações delitivas se relacionam com temas prioritários, como aqueles que se mencionam em *A priorização*, a saber, “graves violações aos direitos humanos e infrações ao Direito Internacional Humanitário” (Fiscalía, 2013,b: 21).

Que concepção da análise de contexto seja a prevalecente para a Procuradoria Geral da Nação, é algo que fica ainda menos claro, se atende-se à contribuição de Alejandro Ramelli Arteaga, então Chefe da Unidade Nacional de Análise e Contextos, ao livro *A priorização*. De forma desconcertante, Ramelli sustenta uma terceira concepção da análise de contexto. Aqui se denominará a *concepção da investigação de crimes desde a perspectiva internacional*. De acordo com Ramelli, o objetivo da Unidade de Análise e Contextos é “a persecução de *crimes internacionais*” (Fiscalía, 2013,b: 22, ênfase fora do texto). Ramelli aclara que esta tarefa implica “a conformação de uma equipe de expertos (sociólogos, cientistas políticos, etc.) dirigida a construir os contextos de violência, em especial nas diferentes regiões do país” (ibíd.). Além disso, sustenta que tal trabalho “permitiria: (i) determinar atores e fatores do conflito armado; (ii) estruturas de comando; (iii) colaboradores, entre outros” (ibíd.).

Se bem esta terceira concepção vincula o conceito de análise de contexto com metodologias de investigação como as do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, antes explicadas, ela suscita várias perplexidades. A primeira é que parece apartar-se do que estabelece a Resolução 1810 de 2012, que relaciona a análise de contexto com as organizações criminosas e não com crimes internacionais. A segunda é que, à primeira vista, não parece claro que seja competência da Procuradoria Geral da Nação a investigação de crimes internos com as metodologias do direito internacional. Ademais, no que tange ao aspecto metodológico, essa possibilidade seria contrária à própria jurisprudência da CIDH que adverte das diferenças abismais que existem entre a investigação da responsabilidade internacional de um Estado e a investigação penal doméstica.

### 3) A ANÁLISE DE CONTEXTO NO RELATÓRIO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DO PRIMEIRO ANO DA UNIDADE DE ANÁLISE E CONTEXTOS E NA DIRETIVA 001 DE 2012 DA PROCURADORIA GERAL DA NAÇÃO

O documento “Inovação na investigação penal. Relatório de Prestação de contas 2012-2013” (Fiscalía, 2013,a), correspondente ao primeiro ano de trabalho da Unidade Nacional de Análise e Contextos, faz pensar que, na prática, esta Unidade (UNAC) se encaminhou por uma simbiose entre a primeira e a terceira concepção da análise de contexto. Esta simbiose resulta na investigação de crimes de organizações delitivas desde a perspectiva e com as metodologias que se utilizam no direito internacional. Neste sentido, o Relatório faz explícito que “no centro do desenho de uma metodologia para a UNAC se encontra o diálogo interdisciplinar entre o direito e as ciências sociais, ademais da discussão sobre como estabelecer as responsabilidades individuais sobre fatos cometidos por organizações, alianças ou redes criminais. Este guia metodológico toma como ponto de partida as práticas internacionais sobre a investigação penal de crimes internacionais e crimes de sistema assim como a análise delitual estratégica, entre outras fontes” (Fiscalía, 2013,a: 41).

Para levar a cabo esta tarefa, a metodologia de análise de contexto se divide em quatro fases: “(1) Delimitação e caracterização de situações; (2) Identificação dos máximos responsáveis; (3) Investigação para a acusação dos máximos responsáveis; e (4) juízo” (Fiscalía, 2013,a: 42).

Entretanto, cabe aqui perguntar-se se a construção do contexto neste marco constitui uma heurística, quer dizer, uma rota de investigação para a consecução de provas, ou se o contexto se utiliza para substituir as provas. Desta disjuntiva surgem outras duas concepções da análise de contexto: *a análise de contexto como heurística y a análise de contexto como sucedâneo de prova. Recorde-se que a CIDH utiliza a análise de modus operandi*, práticas e padrões como sucedâneo de prova da responsabilidade internacional de um Estado por um fato particular. A pergunta é se a Unidade de Análise e Contextos adota esta mesma perspectiva. Este é o objeto do problema funcional da análise de contexto, que se aborda à continuação.

### III. O PROBLEMA FUNCIONAL

Um segundo problema a que dá lugar a utilização da análise de contexto no direito interno é o problema funcional. Este problema se refere à necessidade de esclarecer a função que cumpre este tipo de análise. Ao menos três possíveis funções podem ser consideradas a este respeito: ser uma heurística para a investigação penal, ser base para a imputação de responsabilidade penal, e ser sucedâneo de prova.

É preciso investigar este problema desde dois pontos de vista: um analítico e outro crítico-normativo. Desde a perspectiva analítica, deve ser estabelecido qual destas funções é a que a Unidade de Análise e Contextos atribui ou pretende atribuir à análise de contexto. Desde a perspectiva

crítico-normativa, é preciso determinar qual destas funções é a que deve corresponder à análise de contexto dentro do marco do Estado de direito.

No que tange à perspectiva analítica, há alguns apartes do Relatório “Inovação na investigação penal” (Fiscalía, 2013,a) dos quais cabe derivar a conclusão de que a Procuradoria Geral da Nação considera a análise de contexto como uma heurística. Assim, por exemplo, segundo este Relatório, dentro das quatro fases que o compõe,

*... tanto procuradores como investigadores e analistas participam de maneira coordenada, com objetivos estratégicos comuns porém com tarefas diferenciadas. Isso permite que as hipóteses investigativas se nutram da perspectiva de diferentes disciplinas e que os achados da investigação em contexto possam guiar a consecução do material probatório, de maneira tal, que a verdade judicial se acerque o mais possível ao ocorrido e que, ademais, se possam estabelecer responsabilidades individuais atendendo ao funcionamento de organizações, alianças e redes criminais. Este último permite que se possa investigar tanto os responsáveis diretos dos fatos – conhecidos como autores materiais – [...] como os responsáveis, mais distantes dos fatos, porém que, sem embargo, em ocasiões, são os que mais se beneficiaram dos crimes – conhecidos como autores intelectuais ou mandantes – (Fiscalía, 2013,a: 42, ênfase fora do texto)*

Não obstante, em uma interpretação conjunta deste Relatório e da Diretiva 001 de 2012 pode fundar-se a dúvida de se em alguns aspectos a análise de contexto acaso possa ser utilizada pela Procuradoria Geral da Nação como base para a atribuição de responsabilidade penal ou inclusive como sucedâneo de prova. Nesta direção, o Relatório especifica que na primeira fase da análise de contexto “a delimitação de situações [a investigar] pode provir da análise de um caso particular, a partir do qual se encontrem padrões comuns com outros, ou que este exemplifique um plano criminoso e seja representativo dos padrões de conduta delitiva, características de uma organização, aliança ou rede criminosa” (Fiscalía, 2013,a: 44).

A reconstrução destes padrões (note-se que aqui inclusive o vocabulário é o mesmo da jurisprudência da CIDH, na qual a reconstrução destes padrões é um sucedâneo de prova) se leva a cabo mediante a formulação do contexto no que, supostamente, tiveram lugar. De acordo com a Diretiva 001 de 2012, se entende por contexto o “marco de referência abrangente de aspectos essenciais, acerca de a) os elementos de ordem geográfica, política, econômica, histórica e social, no qual foram perpetrados delitos por parte de grupos criminosos, incluídos aqueles nos quais servidores públicos e particulares colaboraram em sua realização. Deve igualmente compreender b) uma descrição da estratégia da organização delitiva, suas dinâmicas regionais, aspectos logísticos essenciais, redes de comunicações e manutenção de redes de apoio, entre outros”.

A partir dessa definição, os objetivos perseguidos com a formulação do contexto, segundo a Directiva 001 de 2012, são: estabelecer a verdade dos fatos; evitar a sua repetição; estabelecer a estrutura da organização

criminosa; definir os níveis de responsabilidade dos membros da organização delitiva e de seus colaboradores; articular os processos internos da Procuradoria com vistas a estabelecer padrões de conduta e cadeias de comando, e desenvolver esquemas de imputação penal que contemplem a possibilidade de determinar as responsabilidades das organizações criminosas e de seus membros.

Esta descrição da tarefa de formulação do contexto suscita dúvidas acerca do rigor da exigência de provas das responsabilidades individuais dos sujeitos que possam ser vinculados a uma investigação penal guiada pela análise de contexto. Uma vez formulado o contexto, ainda é necessário que, para a acusação de um indivíduo particular pelo acontecimento de um delito determinado, se prove a comissão de dito delito por parte do indivíduo e, no caso de que se trate de um delito coletivo, o grau preciso de participação do indivíduo em tal delito? Nem o Relatório nem a Diretiva atribuem a esta pergunta uma resposta categórica<sup>3</sup>. Só uma resposta afirmativa, sem exceções nem ambiguidades, a esta questão garantirá que a análise de contexto não se converta em um sucedâneo da prova.

Entretanto, desde a perspectiva normativa, deve ser dito que a análise de contexto pode ser uma metodologia muito apropriada como heurística para a investigação penal. Não cabe dúvida de que a construção de contextos pode orientar os investigadores por bom caminho para a coleta de evidências e a identificação de responsáveis de fatos ilícitos. Além disso, enquanto heurística, a análise de contexto é uma estratégia que favorece a celeridade e a eficiência na atuação da administração de justiça.

Pelo contrário, utilizar a análise de contexto como sucedâneo de prova e como fundamento único para a imputação de responsabilidade penal resulta contrário à presunção de inocência. De acordo com esta presunção, reconhecida no inciso 4º do artigo 29 da Constituição Política da Colômbia, “[t]oda pessoa se presume inocente enquanto não seja declarada judicialmente culpada”. Os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia – que fazem parte do bloco de constitucionalidade em virtude do artigo 93 da Constituição Política – contêm tal garantia em termos similares. Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece em seu artigo 8º que “[t]oda pessoa acusada do delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se estabeleça legalmente sua culpabilidade”. A seu turno, o artigo 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos prescreve que “[t]oda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei”. Como deriva desta normativa, a presunção de inocência acompanha a pessoa investigada por um delito “até a decisão ou veredito definitivo e firme de culpabilidade”. Então, o sujeito a quem possivelmente deva ser imposta uma sanção se presume inocente, a menos que existam provas suficientes que demonstrem o contrário. Em palavras da Corte Constitucional, no marco do direito penal, com fundamento neste princípio, “qualquer pessoa é inicial e essencialmente inocente, partindo do suposto de que só se pode declarar responsável o acusado ao termo de um processo no qual deva estar rodeado das plenas garantias processuais e se lhe haja demonstrado

sua culpabilidade” (Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto).

Presumir algo é supor que existe e que é indiscutível ainda que não se encontre provado. A presunção consiste em um juízo do constituinte ou do legislador, em virtude do qual se considera como certo um fato com fundamento nas regras ou máximas da experiência, que indicam o modo normal em que o fato sucede. A presunção se converte em um guia para a valoração das provas, de tal maneira que estas devem demonstrar que o fato presumido não é certo. Desta maneira, a presunção de inocência impõe o ônus da prova a quem acusa, especialmente, aos órgãos estatais que cumprem esta função. O trabalho destes órgãos consiste em demonstrar, sem que reste nenhuma dúvida razoável, que o acusado é responsável pelo fato que lhe é imputado e que, portanto, se faz merecedor da sanção prevista no direito. A presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum* ou legal. Isso quer dizer que não é uma presunção absoluta. As provas da acusação podem afastá-la. Sem embargo, só pode ficar afastada definitivamente quando se profere uma Sentença que tenha caráter definitivo e que se funde em evidências convincentes.

Nesse sentido, como enfatizou a Corte Constitucional na Sentença SU-960 de 1999 (Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo), a presunção de inocência “exclui, portanto, toda predeterminação legal da responsabilidade penal, todo pré-julgamento por parte do julgador no caso concreto, toda presunção de culpa e toda forma de responsabilidade objetiva”. Nenhum órgão estatal pode presumir a responsabilidade penal de ninguém. A responsabilidade penal e a culpabilidade, pelo contrário, devem ser demonstradas com plena certeza, “no curso de um devido processo, perante um tribunal competente, conforme as regras pré-existentes ao ato que se lhe imputa, e com a plena garantia de sua defesa” (ibid.). Qualquer tipo de responsabilidade penal objetiva ou qualquer norma que presuma a culpabilidade do imputado, portanto, está proscrita do ordenamento jurídico colombiano.

A presunção de inocência “se constitui em regra básica sobre o ônus da prova” de acordo com a qual “corresponde sempre à organização estatal o ônus de provar que uma pessoa é responsável por um delito (...) o que se conhece como princípio *onus probandi incumbit actori*. A atividade probatória que desenvolva o organismo investigador deve então ser dirigida a destruir a presunção de inocência de que goza o acusado, a produzir uma prova que respeite as exigências legais para sua produção, de maneira suficiente e racional, no sentido de ajustar-se à experiência e à sã crítica. Assim pois, não incumbe ao acusado desenvolver nenhuma atividade a fim de demonstrar sua inocência, o que conduziria a exigir-lhe a demonstração de um fato negativo, quando, pelo contrário, é o acusador que deve demonstrar-lhe sua culpabilidade” (Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto). Dessa maneira, “o acusado não está obrigado a apresentar prova alguma que demonstre sua inocência, e pelo contrário ordena às autoridades judiciais competentes a demonstração da culpabilidade do agente” (Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil). É um direito que “acompanha o acusado

desde o início da ação penal (por denúncia, representação ou de ofício) até a decisão ou veredito definitivo e firme de culpabilidade, e exige para ser desvirtuada a convicção ou certeza, mais além de uma dúvida razoável, baseada no material probatório que estabeleça os elementos do delito e a conexão deste com o acusado” (Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil). Isso é assim porque, ante à dúvida acerca da realização do fato e da culpabilidade do agente, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual toda dúvida deve ser resolvida em benefício do acusado. É por esta razão que a presunção de inocência é a instituição jurídica mais importante com a que contam os particulares para resguardar-se da possível arbitrariedade das atuações do Estado, quando este exerce o *ius puniendi*. Como consequência, não só é um princípio próprio do devido processo, senão uma garantia da dignidade humana, da liberdade, da honra e do bom nome.

Resulta manifesto que utilizar a metodologia de análise de contexto para imputar responsabilidade penal ou como sucedâneo da prova resultaria incompatível com esta bem consolidada jurisprudência constitucional sobre a presunção de inocência. A vinculação de pessoas a uma investigação penal mediante a construção de um contexto não releva o investigador da tarefa de encontrar evidências certas acerca da participação concreta de cada um dos investigados no fato punível que se investiga. Se o investigador não pode coletar estas evidências, então será necessário seguir presumindo como inocentes os investigados. Isso não quer dizer que a análise de contexto não possa ser utilizada como uma heurística para a busca de provas, que ilumine a Procuradoria nas melhores vertentes para a busca de provas. Sem embargo, a presunção de inocência impõe em todo caso à Procuradoria o dever de coletar tais provas e de acusar a um investigado somente quando existem evidências concretas e fiáveis de sua participação em um fato punível. O contrário suporia uma inversão inconstitucional e ilógica do ônus da prova. De ser admitido que a Procuradoria possa acusar a um investigado só por sua vinculação a um contexto, então dito investigado se veria forçado a ter que provar um fato negativo indeterminado, quer dizer, que, apesar de sua vinculação ao contexto, não participou no fato punível que se lhe imputa. Uma inversão do ônus da prova semelhante violaria, sem dúvida alguma, a presunção de inocência.

Isso quer dizer que a presunção de inocência faria inadmissível que a análise de contexto pudesse ser transplantada desde o direito internacional até o direito interno, para que cumpra neste uma função idêntica à que cumpre naquele. Este é o assunto central do problema do transplante que se aborda à continuação.

#### IV. O PROBLEMA DO TRANSPLANTE

A análise de contexto é uma metodologia de investigação judicial que a Procuradoria Geral da Nação transplantou ao direito interno desde o direito internacional. O problema do transplante se refere à pergunta a



respeito de se ser levado a cabo dito transplante resulta admissível. Para responder a esta questão é preciso analisar dois aspectos. Primeiro, quais são as condições que devem reunir os âmbitos de origem e de destino dos conceitos jurídicos para que um transplante seja admissível. Segundo, se os âmbitos de origem e de destino da análise de contexto reúnem tais condições, de tal modo que o transplante de dito conceito desde aquele até este possa ser catalogado como admissível. Estes aspectos serão desenvolvidos nas seguintes seções, sobre transplantes e migrações de conceitos jurídicos (A), e sobre a comparação entre o marco de origem (a responsabilidade coletiva e a busca da verdade em direito internacional) e o marco de recepção (a responsabilidade penal individual no direito interno) da análise de contexto (B).

#### A. TRANSPLANTES E MIGRAÇÕES DE CONCEITOS JURÍDICOS

Aquela dos transplantes e das migrações de conceitos jurídicos é uma das manifestações da interação dos sistemas jurídicos que mais se acentuaram com a globalização. Sem embargo, diante de cada transplante cabe perguntar-se, por uma parte, se existe alguma razão que justifique o fato de que um conceito jurídico ou uma metodologia jurídica, como a da análise de contexto, migre de um sistema jurídico a outro; e, por outra, se dita migração é apropriada.

As duas perguntas foram o objeto de uma abundante literatura na filosofia do direito e no direito constitucional comparado (sobre este aspecto, ver a literatura comentada por Choudhry: 2007, 7). Em geral, a possibilidade de justificar o transplante de um conceito ou metodologia depende de dois fatores. Primeiro, se existe uma justificação em abstrato para o uso de dito conceito ou metodologia. No que concerne a esta investigação, esse aspecto se refere a se o uso da análise de contexto está justificado em abstrato. O segundo fator é se existe uma justificação concreta para tomar o conceito tratado desde um sistema de direito estrangeiro e transplantá-lo a outro sistema jurídico, em um tempo determinado, e em uma área do direito em particular (p. ex., transplantar a metodologia da análise de contexto desde o direito internacional até o direito penal interno colombiano).

Esta seção não se centra no primeiro fator. Seu centro de atenção é o segundo. Os conceitos jurídicos, como a metodologia de análise de contexto, podem ser tomados emprestados e ser transplantados desde um sistema jurídico a outros. Existe uma correlação entre a justificação em abstrato para o uso de um conceito jurídico e a justificação concreta para sua migração. Uma razão válida para transplantar conceitos jurídicos deriva de sua racionalidade e legitimidade intrínsecas. Sem embargo, nem esta justificação em abstrato nem o fato de que um uso concreto do conceito jurídico no contexto original resulte plausível, constituem razões que, *per se*, façam admissível sua migração. O direito constitucional e o direito penal interno, no que se enquadra o uso da metodologia da análise de contexto por parte da Procuradoria Geral da Nação, são, em parte, uma expressão da identidade nacional. O direito se encontra



arraigado nas atitudes e na bagagem jurídica dos servidores públicos e advogados de cada cultura. Mais ainda, estes elementos determinam, ao menos em parte, o significado das regras jurídicas. Esta singularidade explica o profundo debate que os transplantes em matéria jurídica geraram. Os críticos mais radicais consideram que este tipo de transplante é contrário à democracia e ao caráter limitado que o exercício do poder judicial tem em um Estado de direito<sup>4</sup>. Estes autores opinam que os transplantes jurídicos favorecem interesses e ideologias estrangeiras, e permitem que os juízes manipulem a seu arbitrio o conteúdo e alcance das normas constitucionais. Esta possibilidade colocaria em risco a integridade do processo judicial, que é um bastião do Estado de direito, e a essência de princípio democrático, segundo o qual as normas devem representar a vontade popular<sup>5</sup>. Outros críticos defendem uma postura menos radical. Estes autores consideram que os métodos e conceitos de uns sistemas jurídicos podem ser tomados emprestados e ser adaptados a outros contextos políticos, sociais, culturais e jurídicos, sempre e quando a função que tais conceitos estão chamados a cumprir nos contextos de recepção seja comparável à que têm nos contextos de origem.

Desta linha argumentativa se segue que as razões que podem justificar o uso da análise de contexto em abstrato não justificam por si mesmas seu transplante desde sua jurisdição de origem até uma área específica de outro sistema jurídico. Um transplante só estará justificado em duas circunstâncias. Primeiro, se o objeto do transplante pode cumprir, nos dois contextos, a mesma função ou uma função análoga. Segundo, se, em caso de que isso não seja possível, o objeto do transplante se adapta para que no âmbito de recepção cumpra uma função apropriada, que não o converta em um elemento exógeno, incompatível com o resto dos elementos do sistema jurídico ao qual se incorpora.

## B. A COMPARAÇÃO ENTRE O ÂMBITO DE ORIGEM E O ÂMBITO DE RECEPÇÃO DA ANÁLISE DE CONTEXTO

No caso da análise de contexto, é claro que existe uma assimetria no que tange à função que esta metodologia cumpre no âmbito de origem e no âmbito de recepção. Como antes se mostrou, no âmbito de origem, quer dizer, no direito internacional, e em especial, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a metodologia da análise de contexto é utilizada para atribuir responsabilidade coletiva ao Estado pela violação de direitos humanos e para esclarecer a verdade dos fatos que rodearam tais vulnerações. Se observado desde a perspectiva dessa função, não parece inadequado que no âmbito de origem a análise de contexto possa servir não só para orientar a investigação judicial senão também, de algum modo, como sucedâneo de prova. A finalidade principal dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é holística. Eles pretendem prevenir, em geral, a perpetração de vulnerações aos direitos humanos por parte dos Estados, e abrir caminhos para a reparação das vítimas. Dentro deste marco, as exigências do devido processo podem ser interpretadas de uma maneira mais laxa. A ninguém escapa que inclusive dentro

de um sistema judicial de direito internacional, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as sanções têm um acentuado matiz político e exemplarizante, mais além de seu caráter jurídico.

Estas características não se apresentam por igual no marco de recepção da análise de contexto, quer dizer, sua utilização por parte da Procuradoria Geral da Nação para a imputação de responsabilidade penal individual no âmbito doméstico colombiano. Dentro desse âmbito, a finalidade é constituir a base para a acusação penal de um indivíduo com base em provas suficientes de sua participação como autor o co-autor de um ilícito penal. Desta maneira, do que se trata é de desvirtuar a presunção de inocência que a Constituição Política estabelece a favor de cada sujeito investigado. O caráter de direito fundamental desta presunção faz que ela não possa ser interpretada de uma maneira laxa. Por conseguinte, no marco de chegada, a análise de contexto deve ser adaptada. Desde logo, pode ser utilizada como uma heurística para a investigação penal. Sem embargo, de nenhum modo pode ser usada como sucedâneo de prova.

Um uso da análise de contexto como sucedâneo de prova não só vulneraria a Constituição Política, senão também todo um corpo normativo de direito internacional dos direitos humanos que estabelece o respeito intransponível do direito fundamental ao devido processo no âmbito penal.

## V. CONCLUSÕES

As conclusões deste texto são as seguintes:

- A. Um conceito pode dar lugar a várias concepções. Enquanto o conceito é uma ideia geral, suas concepções são os diversos entendimentos acerca dessa ideia.
- B. O conceito de análise de contexto surgiu a partir dos conceitos de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão.
- C. Na Resolução 1810 de 2012, o livro *A priorização* (Fiscalía, 2013,b), o Relatório “Inovação na investigação penal” (Fiscalía, 2013,a), de Prestação de contas do primeiro ano de trabalho da Unidade de Análise de Contexto, e a Diretiva 001 de 2012, a Procuradoria Geral da Nação utiliza o conceito de análise de contexto pelo menos de acordo com cinco concepções. Elas são: a concepção subjetiva atinente a organizações delitivas, a concepção objetiva, a concepção da investigação de crimes desde a perspectiva internacional, a concepção da análise de contexto como heurística, e a análise de contexto como sucedâneo de prova. Estas concepções são alternativas e, de certo modo, incompatíveis entre si.
- D. A Procuradoria Geral da Nação parece aplicar uma simbiose entre a concepção subjetiva e a da investigação em direito internacional. Não é claro se utilizará esta concepção eclética como uma heurística ou como um sucedâneo de prova.

- E. A análise de contexto pode cumprir de forma legítima a função de heurística para a investigação penal porém não pode ser sucedâneo de prova para a atribuição de responsabilidade penal individual. Seu uso como sucedâneo de prova vulneraria a presunção de inocência.
- F. O direito fundamental à presunção de inocência impede que a análise de contexto possa transplantar-se sem ajustes desde o direito internacional até o direito penal interno. Enquanto naquele pode servir como sucedâneo de prova para imputar responsabilidade internacional ao Estado, neste não pode substituir à prova para servir de base de imputação de responsabilidade penal individual contra sujeitos investigados no marco de um contexto.

## >> NOTAS

- <sup>1</sup> Em *Werner Rohde & Eight Others*, por exemplo, nove acusados estavam implicados no homicídio de quatro mulheres britânicas que eram prisioneiras dos alemães. O juiz explicou da seguinte forma o elemento da consciência que os acusados deviam ter de que sua conduta havia contribuído ao delito: “Se dois ou mais homens prepararam um homicídio e um deles estava a meia milha do local em que se levou a cabo porque, por exemplo, estava vigiando que ninguém viesse, apesar de que na realidade não esteve presente quando se cometeu o delito, sim participou naquele junto com o autor material, com a consciência de que este ia levar a cabo o homicídio, então é tão responsável pelo delito como o agente que disparou”. Cfr. *Werner Rohde & Eight Others*, United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of War Criminals (UNWCC)* (Londres: HMO 1947-1949), vol. V, 56.
- <sup>2</sup> O artigo 1.º do Ato Legislativo 01 de 2012 atribui ao Procurador Geral da Nação a competência para determinar “critérios de priorização para o exercício da ação penal”.
- <sup>3</sup> A referência que faz a Diretiva 001 de 2012 a “estabelecer a verdade dos fatos” poderia dar lugar a pensar que o contexto é só uma heurística que guia a busca de provas. Sem embargo, esta referência, por si mesma, não exclui as interpretações, adversas ao devido processo, segundo as quais mediante a própria análise de contexto se estabeleceria a verdade dos fatos, ou esta verdade se estabeleceria no processo de construção do contexto que, desde logo, não oferece todas as garantias processuais aos investigados.
- <sup>4</sup> Aqui deve ser incluído um esclarecimento. Esta crítica não surge de maneira específica a respeito da possibilidade do transplante da análise de contexto, senão a respeito do uso, por juízes domésticos, de conceitos e doutrinas desenvolvidas por cortes estrangeiras. Discussão semelhante ocorreu no Brasil acerca da adequação do uso da “teoria do domínio do fato”, de Claus Roxin, na Ação Penal 470, conhecida como o “processo do mensalão”, ou na apuração de crimes empresariais.
- <sup>5</sup> Para conhecer este ponto resulta ilustrativa a discussão que os juízes da Corte Suprema estadounidense tiveram nos anos 2003 e 2004 sobre a possibilidade de fundar suas decisões em fontes estrangeiras, ver: Choudhry (2007) e Saunders (2006, 37).

## >> REFERÊNCIAS

### Decisões das comissões militares da segunda pós-guerra

- Werner Rohde & Eight Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. V, 56.
- Bruno Tesch & Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. I, 101.
- MaxWielen & Seventeen Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. XI, 46.

### Corte Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia

- The Prosecutor v. Dusko Tadic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-94-1-A (15 July 1999).

### Jurisprudência da Corte Constitucional colombiana

- Sentença T-011 de 1992, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-063 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-412 de 1992, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-414 de 1992, Magistrado Relator: Ciro Angarita Barón.
- Sentença T-445 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-482 de 1992, Magistrado Relator: Jaime Sanín Greiffenstein.
- Sentença T-512 de 1992, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença T-585 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-047 de 1993, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-101 de 1993, Magistrado Relator: Jaime Sanín Greiffenstein.
- Sentença C-208 de 1993, Magistrado Relator: Hernando Herrera Vergara.
- Sentença T-213 de 1993, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-257 de 1993, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença C-024 de 1994, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-097 de 1994, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença C-214 de 1994, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentença T-228 de 1994, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença SU-082 de 1995, Magistrado Relator: Jorge Arango Mejía.
- Sentença SU-089 de 1995, Magistrado Relator: Jorge Arango Mejía.
- Sentença T-335 de 1995, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentença T-411 de 1995, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-444 de 1995, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentença C-489 de 1995, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-296 de 1996, Magistrado Relator: Hernando Herrera Vergara.
- Sentença C-617 de 1996, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença C-040 de 1997, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentença T-552 de 1997, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentença C-655 de 1997, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentença T-066 de 1998, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-408 de 1998, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentença T-504 de 1998, Magistrado Relator: Alfredo Beltrán Sierra.  
Sentença SU-087 de 1999, Magistrado Relator José Gregorio Hernández Galindo.  
Sentença T-242 de 1999, Magistrado Relator: María Victoria Sáchica de Moncaleano.  
Sentença T-307 de 1999, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sentença T-751A de 1999, Magistrado Relator: Fabio Morón Díaz.  
Sentença SU-960 de 1999, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.  
Sentença T-977 de 1999, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.  
Sentença T-1012 de 1999, Magistrado Relator: Alfredo Beltrán Sierra.  
Sentença C-383 de 2000, Magistrado Relator: Álvaro Tafur Galvis.  
Sentença C-392 de 2000, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.  
Sentença C-699 de 2000, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.  
Sentença T-1202 de 2000, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.  
Sentenças C-1335 de 2000, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.  
Sentença C-252 de 2001, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.  
Sentença T-578 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença C-131 de 2002, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.  
Sentença T-181 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença T-464 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença C-489 de 2002, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença T-494 de 2002, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.  
Sentença C-506 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença T-729 de 2002, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentença C-948 de 2002, Magistrado Relator: Álvaro Tafur Galvis.  
Sentença C-1076 de 2002, Magistrado Relator: Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentença C-125 de 2003, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença C-252 de 2003, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.  
Sentença T-685 de 2003, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentença T-1225 de 2003, Magistrado Relator: Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentença T-220 de 2004, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentença T-437 de 2004, Magistrado Relator: Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentença T-787 de 2004, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença T-1093 de 2004, Magistrado Relator: Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentença C-237 de 2005, Magistrado Relator: Jaime Araújo Rentería.  
Sentença T-577 de 2005, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentença C-818 de 2005, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença C-176 de 2007, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença T-233 de 2007, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentença T-405 de 2007, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.  
Sentença C-519 de 2007, Magistrado Relator: Nilson Pinilla Pinilla.  
Sentença C-1011 de 2008, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.  
Sentença C-025 de 2009, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.  
Sentença T-129 de 2010, Magistrado Relator: Juan Carlos Henao Pérez.  
Sentença C-640 de 2010, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.  
Sentença C-980 de 2010, Magistrado Relator: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.  
Sentença C-089 de 2011, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.  
Sentença C-371 de 2011, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.  
Sentença C-748 de 2011, Magistrado Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentença C-879 de 2011, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentença C-030 de 2012, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.  
Sentença C-239 de 2012, Magistrado Relator: Juan Carlos Henao Pérez.  
Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentença C-315 de 2012, Magistrado Relator: María Victoria Calle Correa.  
Sentença C-012 de 2013, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.  
Sentença T-141 de 2013, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.  
Sentença C-248 de 2013, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.  
Sentença T-634 de 2013, Magistrado Relator: María Victoria Calle Correa.  
Sentença C-838 de 2013, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.

#### Regulações e documentos da Procuradoria Geral da Nação

Directiva 001 de 2012.  
Resolución 1810 de 2012.  
Fiscalía, 2013,a. “Innovación en la investigación penal. Informe de rendición de cuentas 2012-2013”, disponible en Internet en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>  
Fiscalía, 2013,b. *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf>

#### Doutrina

CHOUDHRY, S., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.  
GALLIE, W. B., “Essentially contested concepts”, 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167, 1956.  
DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1988.  
OLÁSULO, Héctor, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal comum en direito penal internacional”, *Indret*, 2009.  
RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. revisada, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1999.  
SAUNDERS, Ch., “The use and misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13, 1, 2006, 37 s.  
TIEDEMANN, K., “El derecho procesal penal”, en Id., *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989.

#### Bibliografia complementar

AMBOS, K., “Joint criminal enterprise and command responsibility”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 159-183.  
BOOT, M., *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen, Intersentia, 2002.  
CASSESE, A., “The proper limits of individual responsibility under the Doctrine of joint criminal enterprise”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 109-133.



- DANNER, A. M. y J. S. MARTINEZ, "Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility and the development of International Criminal Law", *California Law Review* 93, 2005, pp. 75-170.
- ELEWA BADAR, M., "Just convict everyone! - Joint perpetration from Tadic to Stakic and back again", *International Criminal Law Review* 6, 2006, pp. 293-302.
- FICHTELBERG, A., "Conspiracy and International Criminal Justice", *Criminal Law Forum* 17, 2006, pp. 149-176.
- GUSTAFSON, K., "The requirements of an 'Express Agreement' for joint criminal enterprise liability: A critique of Brdanin", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 134-158.
- HAAN, V., "The development of the concept of joint criminal enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review* 5, 2005, pp. 167-201.
- OHLIN, J. D., "Three conceptual problems with the Doctrine of joint criminal enterprise", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 69-90.
- OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- OLÁSOLO, H., "Joint criminal enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessorial liability or a form of partnership in crime?", *Criminal Law Forum* 2, 20, 2009, pp. 263-287.
- POWLES, S., "Joint criminal enterprise: Criminal liability by prosecutorial ingenuity and judicial creativity?", *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, pp. 606-619.
- Van SLIEDREGT, E., "Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 184-207.
- Van der WILT, H., "Joint criminal enterprise: Possibilities and limitations", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 91-108.
- WERLE, Gerhard, *Tratado de Direito Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ZAHAR, A. y G. SLUITER, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

**A INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DO  
DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS**  
*//* A SOCIOLOGICAL INVESTIGATION OF  
LAW IN SYSTEM THEORY

Raffaele De Giorgi

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Entre os desafios da pesquisa jurídica, a problemática da verdade no direito e a observação do sistema jurídico como objeto constituem um desafio constante tanto para teóricos do direito, quanto sociólogos da mesma disciplina. Esse desafio tem sido abordado historicamente sob diferentes perspectivas, porém a aproximação kantiana à verdade jurídica como uma experiência de origem controlada é até nossos dias a mais relevante. Não obstante, sob o escopo da sociologia do direito, e principalmente com o arcabouço teórico da teoria dos sistemas, a problemática antes mencionada pode ser desdobrada e radicalizada na relação construtiva do observador com sua realidade. Neste sentido, o observador-pesquisador não só construiria seu próprio objeto - o direito -, mas também é parte do mundo que ele mesmo constrói. Por outro lado, e supondo a universalização desta experiência, tem-se, como consequência, que todos os observadores são também construtores do próprio mundo. Isto é, a contribuição científica da pesquisa se aplica a si mesma, e traz como corolário uma nova forma de conceituar a verdade, levantando uma sorte de acusação sobre nós: **discorre sobre nosso presente e nos diz que somos mentirosos quando falamos a verdade.** // Among the many challenges of legal research, the problem of truth in law and the observation that the legal system as object constitute a constant challenge both for legal theorists and sociologists of the same subject. This challenge has been historically examined through different perspectives, although the Kantian approach to the legal truth as an experience of controlled origin is, until our days, the most relevant. Despite that, under the scope of legal sociology and, above all, with the theoretical viewpoint of system theory, the aforementioned problem can be unfolded and radicalized pursuant to the observer's constructive relationship with her reality. For this matter, the researcher-observer is part of the world that she herself builds up. On the other hand - and supposing the universalization of this experience -, as a consequence, all observers are also builders of their own world. That is, the scientific contribution of the research applies to itself and brings, as a consequence, a new way of conceptualizing the truth, raising thereby a sort of accusation above us: it discusses our present and tell us that we are liars when we tell the truth.

---

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Verdade; Direito; Construtivismo; Observação; Legitimidade. // Truth; Law; Constructivism; Observation; Legitimacy.

**>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS**

Professor da Universidade de Lecce/Salento (Itália). Diretor-fundador, com Niklas Luhmann, do Centro de Estudos do Risco da Universidade de Lecce/Salento. Doutor em Filosofia Universidade de Roma “La Sapienza” (Italia). // Professor of the University of Lecce/Salento (Italy). Co-Founder, with Niklas Luhmann, of the Centre for Risk Studies of the University of Lecce/Salento. PhD in Philosophy (University of Rome “La Sapienza” - Italy).

Fiquei muito contente com a oportunidade de abrir este Congresso por meio da reflexão a respeito de um tema que, ainda que se apresente de maneira específica e delimitada, possui caráter universal. Interessa, na verdade, a uma perspectiva teórica de observação do mundo ou de pesquisa sobre ele. Em nosso caso, trata-se do mundo do direito. O tema refere-se, portanto, aos pressupostos teóricos e epistemológicos da construção do objeto de observação. Aqui, todavia, o objeto é a pesquisa, não o objeto da pesquisa. Mas a pesquisa sempre observa seu objeto, na presente discussão, o direito. Ela é entendida como o observador. À pergunta *Quem é o observador?* Luhmann respondeu uma vez: *é aquele que é observado como observador*<sup>1</sup>. Heinz von Foerster teria acrescentado: *observador é aquele que constrói uma realidade*<sup>2</sup>. Se combinamos as duas respostas, o resultado é que o observador se constitui com a construção de seu objeto. Dessa forma, a pesquisa que observamos é ela mesma parte do objeto que observa.

Assim formulada, a perspectiva a ser utilizada nos permite afirmar que a nossa contribuição não contém nada mais do que uma reflexão sobre a construção de objetos. Como entendemos que esta perspectiva tem alcance universal, porque, enquanto observadores, todos somos construtores de objetos, *hacedores*, como dizia Borges<sup>3</sup>, também somos parte do mundo que observamos<sup>4</sup>, isto é, que construímos. Isso significa que nossa contribuição se aplica a si mesma, discorre de nosso presente e nos diz que somos mentirosos quando falamos a verdade.

## I. PERSPECTIVA KANTIANA

Na construção comunicativa daquilo que usamos como realidade, somos inundados de redundância, de significados que incluem sempre mais do que o que se diz, conteúdos de sentido nos quais são estratificados velhos costumes de acesso ao mundo. Na realidade, trata-se de simplificações, de reduções de sentido que nos apresenta o mundo em um formato acessível e que, dessa forma, o torna familiar para nós. Assim, podemos dizer que, se é verdade que somos continuamente expostos à experiência de um mundo imprevisível, à sua contínua variação, não é menos certo que experimentamos esta experiência sem surpresa: as reduções de sentido por meio das quais temos acesso ao mundo têm à função de democratizar a experiência, de modo que ela possa ser vivenciada por todos sem agitação, incerteza ou desilusão. Temos acesso ao mundo em formato reduzido e somos habituados a chamar isto de realidade<sup>5</sup>.

A experiência que fazemos da realidade é, na verdade, uma *experiência de denominação de origem controlada*. É garantida e assegurada, pois, mesmo que se defronte com a variação, a imprevisibilidade do acontecer e a multiplicidade daquilo que é diverso, tal exposição à complexidade se dá por meio de um acesso domesticado, de canalizações de observações orientadas, de reduções consolidadas de sentido, isto é, se dá por meio daquelas redundâncias de significado das quais somos inundados. Fornecidas pela tradição e estabilizadas por auto-evidências, estas

reduções nos dão certeza para a experiência e asseguram orientações estáveis para o agir.

Com isso, se reduz, todavia, também o espaço da variação, ou seja, se limita o âmbito das alternativas de acesso ao mundo<sup>6</sup>. Em relação a este, agimos em virtude de um hábito particular. Trata-se de um costume que nos leva a tratar o mundo como objetividade, exterioridade, obstáculo externo a nós, extensão objetiva sobre o qual se pratica a experiência. Deste espaço não seremos, de forma alguma, responsáveis; agimos em seu interior e não somos objeto de nosso agir. Não somos parte dele. Como se diz, somos sujeitos.

Esta noção descreve o núcleo conceitual constitutivo da cultura ocidental da sociedade moderna. Trata-se de uma ideia que, em sentido kantiano, é, ao mesmo tempo, teórica e prática ou, no dizer moderno, é, simultaneamente, *fundamento cognoscitivo* e *moral da distinção sujeito/objeto*. Praticamos um subjetivismo exasperado<sup>7</sup>, agimos porque o mundo está ali diante de nós, ou melhor, agimos *como se* o mundo estivesse ali diante de nós, e se tratasse apenas de compreendê-lo e de transformá-lo, para se referir a uma expressão que ainda se costuma utilizar. Enquanto sujeitos, nos auto-excluimos do mundo, pois só assim é possível justificar a construção de teorias que nos dizem como apreendê-lo, isto é, como conhecê-lo e transformá-lo.

Operamos com significados, ou seja, com descrições, interpretações, conteúdos de sentido, que consideramos auto-evidentes e os tratamos como se tivesse consistência *objetiva*. Obviamente, justamente por isso, os exoneramos de qualquer prova empírica. Levam-nos a crer que somos *observadores de um mundo externo*. *Observadores da realidade*, como se diz. Para conhecer esta empiria e por ordem em seu mundo, utilizamos categorias, esquemas. Segundo alguns, estas categorias seriam transcendentais, condições de possibilidade da experiência empírica. Não se pode, no entanto, afirmar se a diferença entre empiria e transcendência é uma distinção empírica ou transcendental<sup>8</sup>. Da mesma forma, não é possível dizer se a diferença entre sujeito e objeto é uma distinção subjetiva ou objetiva<sup>9</sup>. Em essência, usamos distinções que fazem diferença, que distinguem o mundo, mas que, depois, não se distinguem, não se aplicam a si mesmas. Assim, ao menos desse ponto de vista, elas não são críveis. Por essa razão, dizemos que são paradoxais.

Não sabemos, mas agimos. Observamos, descrevemos, confrontamos, transformamos significados que tratamos como objetos, como realidade. É uma herança kantiana da qual não conseguimos nos libertar. Ela resistiu ao grande esforço hegeliano de pensar a unidade do racional e do real<sup>10</sup>, à crítica de Hegel ao dever ser<sup>11</sup>, à autoconsumação das filosofias da história, à grande tentativa de Marx de resgatar à reflexão a unidade da diferença entre sujeito e objeto a partir da fundação da ideia de gênero (*Gattung*, em sua linguagem)<sup>12</sup>. Esta herança ainda resiste, porque, em torno a ela, se consolidou uma semântica inexaurível: mesmo que vazia, como teria dito Hegel, é altamente produtiva, pois, até a primeira metade do século passado, dela foram extraídas diversas formas de autocompreensão do saber moderno, e, nela, pode-se definir as raízes das diferenças

por meio das quais se justifica o disciplinamento daquele saber, como demonstrou lucidamente Foucault.

## II. DISCIPLINAMENTO DO SABER E SABER DA REALIDADE

Em uma maravilhosa conferência de 1985 sobre tema afim a nossa discussão, Luhmann<sup>13</sup> afirmou que, sem precisar esperar a sociologia, os homens já tinham realizado suas reflexões sobre os motivos pelos quais agem, sobre os modos de sua ação, e isolado o saber, que foi chamado de “cultura”, relativo à exterioridade na qual seu agir se produzia e se justificava. Foi especificado um saber relativo ao sentido do agir econômico e esquematizado como racionalidade econômica; um saber da educação que foi definido como pedagogia; um saber do Estado e das organizações políticas que se reúne em cascas protetivas como soberania e legitimidade; um saber moral e teórico da diferença entre bem e mal que chamaram de ética. Elaboraram um conceito de sociedade a partir das velhas ideias de “sociedade civil”<sup>14</sup> que, incorporadas às representações econômico-políticas do contrato, pareciam poder acessar as descrições da sociedade moderna. A unidade do objeto, ou seja, a unidade da sociedade, era representada como resultado de uma integração normativa e moral ou, como ainda se costuma dizer, de uma integração entre normas e valores. Ambos conservavam conjuntamente a factualidade da sociedade moderna, a accidentalidade, a má infinidade<sup>15</sup> que se referia Hegel, a contingência do agir e, como falava Foucault, a ameaçadora exterioridade selvagem. A este universo de divergência e às incongruentes perspectivas do agir singular, as normas e os valores forneciam horizontes de integração e, também, orientações estáveis ao agir.

Assim, não obstante as divergências de perspectivas, os diferentes critérios de orientação da ação e a possibilidade de utilização de diversas formas da racionalidade do agir, tornava-se possível isolar um conceito unitário de sociedade. A integração normativa e a conexão dos valores delimitavam um espaço único que continha e justificava as divergências. Era o espaço da ação, o universo no qual se podia alargar o agir e no qual ele podia se orientar conforme uma economia lógica de fins e de meios. Este espaço era o domínio da moderna razão iluminista. Um mundo ordenado por uma razão ordenada ou, nos dizeres kantianos, o universo de uma razão ordenadora<sup>16</sup>. Razão teórica e razão prática, normas e máximas, interno e externo, verdades e valores, empiria e transcendência. A observação deste mundo, sua descrição, devia utilizar e pressupor aquela ideia universal de ordem que foi a grande aquisição do iluminismo. A sociologia, uma vez disse Parsons a Luhmann, *nasce como sociologia do direito*<sup>17</sup>. Uma afirmação absolutamente compreensível.

Esta sociologia, que encontra na herança do velho iluminismo o universo semântico de sua autoconstituição, torna-se possível, pois a representação da ordem, que a justifica, estava estreitamente conectada com a representação do agir, que, por sua vez, nascia de uma semântica precisa do movimento, *Semantik des Bewegungsbegriffes*, como a chamou Koselleck<sup>18</sup>



em seu belíssimo trabalho. Desde Hobbes, o agir já era interpretado como movimento em direção ao mundo, como atividade produtiva de eventos, como o evento em si mesmo, isto é, como aquele que podia ser observado do ponto de vista da economia lógica de sua produção e que, portanto, podia ser coordenado com outros eventos de mesma natureza. A ordem do mundo podia ser entendida como ordem das ações dos indivíduos<sup>19</sup>.

Deste modo, consegue-se finalmente laicizar ou, como se diz, secularizar a velha noção de sociedade que, por séculos, foi determinada pela ideia de criação. Agora, a própria sociedade é interpretada como universo que foi realizado conjuntamente pelo agir dos indivíduos. Como se vê, tanto a elaboração kantiana de causa quanto sua crítica hegeliana por meio da representação do objeto da vontade têm uma longa história.

A sociologia podia definir a sociedade como seu objeto unitário, entendê-la como universo do agir dos indivíduos, observar a regularidade das ações, elaborar generalizações e, com isso, segundo alguns, podia até chegar à formulação de leis. Em todo caso, se tal formulação pudesse parecer uma pretensão excessiva ou ideologicamente comprometida, a sociologia seria, ainda, capaz de oferecer prognoses sobre o agir, determinar conexões causais ou, ao menos, apresentar probabilidades objetivas, como ainda se dizia no início do século passado<sup>20</sup>. Podia, em outras palavras, descrever o agir, observando as conexões de sentido que o orientavam.

Como sociologia do direito, o saber sociológico interessava-se pelo agir em relação ao direito, pela orientação normativa da ação e pela determinação do sentido jurídico do agir. Vejamos como.

### III. PESQUISA SOCIOLÓGICA DO DIREITO E SOCIOLOGIAS DO DIREITO

Se, de um lado, podemos concordar com Parsons que a sociologia nasce como sociologia do direito, de outro, devemos recordar que a sociologia do direito organiza sua autocompreensão como saber científico somente como reação à Jurisprudência dos Conceitos, à *Begriffsjurisprudenz*<sup>21</sup> da segunda metade do século XIX. Originariamente, ambas (sociologia e sociologia do direito) são ideias divergentes em torno das quais se realizam diferentes respostas à diferenciação do sistema jurídico e à afirmação de sua artificialidade. Se Marx oferece ao direito uma posição na semântica do poder e na estrutura das relações econômico-sociais de produção, desde Jhering difunde-se e se afirma a ideia de separação entre direito e sociedade, que consistirá no pressuposto inevitável de toda pesquisa sociológica do direito<sup>22</sup>. Da consideração genérica das condições sociais à investigação dos interesses como orientação metodológica na aplicação do direito ou à aquisição de referências voluntaristas, como as da Escola do Direito Livre, até as numerosas manifestações anticonceptualistas, a pesquisa sociológica do direito buscará obter reconhecimento por meio da justificação da autonomia e do caráter originário de seu saber sobre o fenômeno jurídico.

A primeira metade do século passado, foi particularmente rica de esforços teóricos. Pense-se, por exemplo, nas construções de Ehrlich e em seu debate com Kelsen<sup>23</sup>, no institucionalismo<sup>24</sup>, na jurisprudência sociológica de matriz norte-americana<sup>25</sup>, no realismo jurídico, no socialismo jurídico<sup>26</sup> (em particular no âmbito do direito penal), nas escolas escandinavas<sup>27</sup>, na obra de Schelski<sup>28</sup> e daqueles que lhe foram próximos ou, ainda, nas tentativas de origem analítico-linguística do meu velho amigo Ota Weinberger<sup>29</sup>.

Estas pesquisas contribuíram para estabilizar um saber não dogmático sobre o direito, não sistemático-conceitual, não-jurídico. Elas ocupam um largo espectro de reflexão e de análise, e se estendem desde o estudo dos fundamentos do direito compreendidos como fatos sociais até considerações sobre as determinações econômicas e políticas do fenômeno jurídico. Desdobram-se, ainda, no exame da natureza das pretensões dos indivíduos em relação ao direito e nas análises das linguagens por meio das quais as expectativas imanentes a tais pretensões consolidam-se em discursos de movimentos sociais, como demonstrou oportunamente Celso Campilongo em tempos recentes com seu belo trabalho<sup>30</sup>. Mas, além da breve temporada dos estudos sobre *Knowledge and Opinion about the Law*<sup>31</sup>, o aspecto que tem caracterizado a recente pesquisa sociológica do direito é, de um lado, como se costuma dizer, a investigação sobre o impacto do direito na sociedade e, de outro, a crítica do direito.

A primeira orientação é mais difundida, praticada e, segundo alguns, mereceria mais do que qualquer outra ser considerada sociologia do direito. Com o recurso a metodologias de análises empíricas de dados, ela descreve as modalidades de expressão do agir juridicamente conforme, a intensidade de sua ocorrência, interpreta-o na perspectiva do direito e se ocupa de maneira considerável do agir juridicamente desconforme, que se convencionou chamar desviante. Esta descrição do desvio utiliza, frequentemente, teorias que possuem a pretensão de explicar o agir desviante, isto é, de torná-lo objeto de conhecimento teoricamente fundado<sup>32</sup>. Nesse ponto, com interlúdios significativos, o espectro de recursos teóricos aos quais se recorre vai desde o positivismo de ignóbil memória até o requinte da psicoanálise e as interessantes construções da economia política do punir.

A segunda orientação organiza perspectivas diferentes de crítica do direito e se ocupa da modalidade de produção de decisões jurídicas, da análise de suas consequências, da forma da distribuição de recursos através do direito e da construção das hierarquias entre os bens jurídicos. A expressão *pesquisa sociológica do direito* reúne, assim, significados e orientações múltiplas que não podem ser reduzidas a uma unidade, porque utilizam recursos cognitivos diferentes, nascem de diversas motivações intelectuais e seguem percursos distintos. Incluem pressupostos epistemológicos que seriam incongruentes entre si e que poderiam adquirir congruência somente da perspectiva de uma *análise não-jurídica* do direito<sup>33</sup>. Todavia, uma semelhante perspectiva não anularia, por certo, as diferenças. Ao contrário, as justificaria na medida em que as deixa aparecer como reações legítimas à observação jurídica do direito.

Nesse sentido, podemos afirmar que todas as diferentes sociologias do direito compartilham uma outra perspectiva, se justificam sobre a base de um outro pressuposto, assumem como auto-evidente a *distinção entre direito e sociedade*.

Trata-se de uma distinção constitutiva tanto do *objeto*, o direito, quanto do *observador*, a sociologia do direito. Unidas a partir desta perspectiva, as diferentes pesquisas sociológicas do direito diferenciam-se pelo fato de que algumas partem da sociedade; outras, do direito. Todas, entretanto, partem da distinção entre direito e sociedade, possuem a pretensão de poder provar que a sociedade determina o direito ou que o direito determina a sociedade. Neste pretensão, incorrem no paradoxo que anula o pressuposto de sua própria existência. E mais: elas evidenciam um complexo de outras distinções que as reconduzem ao velho leito de uma inaceitável herança kantiana. Vejamos brevemente quais são as distinções que a primeira distinção traz consigo.

#### IV. A UNIDADE DAS DISTINÇÕES

O paradoxo das análises não-jurídicas do direito, isto é, das pesquisas sociológicas do direito, consiste no fato de que elas utilizam a distinção entre direito e sociedade como distinção constitutiva do objeto. Reconhecem, portanto, a perspectiva interna do direito para observá-lo, de um ponto de vista externo<sup>34</sup>, como um objeto. Trata-se, sem dúvida, de abordagem paradoxal, que conduz a conclusões, igualmente, paradoxais. De fato, a distinção entre o que é e o que deve ser<sup>35</sup>, uma diferença interna que o direito cria para tornar possível seu operar, torna-se constitutiva da existência deste tipo de pesquisa. É, desse modo, que a sociologia do direito também torna possível seu operar, pois, do contrário, não haveria um âmbito ao qual ela dirigisse sua atividade. As pesquisas sociológicas do direito se direcionam ao lado factual do dever ser, observam sua realidade fática<sup>36</sup>. O paradoxo, no entanto, reside em que, para além da reflexão jurídica sobre o direito, não existe nenhuma teoria sociológica que seja capaz de dizer qual o lugar que o dever ser ocupa na sociedade.

Se as pesquisas sociológicas do direito se tornassem objeto de si mesmas, poderiam observar que seu “ser externo ao direito” é semanticamente dentro do direito. Ranulph Glanville escreveu um artigo cujo título é *the same is different*<sup>37</sup>. Aqui, ao contrário, deve-se dizer: *the different is same*.

Na sociedade, há apenas espaço para factualidade empírica: somente aquilo que pode ser observado empiricamente possui existência social, e tem existência social somente porque pode ser empiricamente observado, isto é, porque pode operar como realidade e ser observado em contraste com qualquer outra coisa.

Assim, a respeito do direito pode-se dizer aquilo que é, não o que deve ser. Ou melhor: pode-se dizer como opera, como constrói o que será utilizado como realidade e, desse modo, como se diferencia de outros âmbitos do agir social. Tudo isso, no entanto, consegue ser visto apenas pelo

observador externo. Para este, o dever ser aparece como um paradoxo, como algo que oculta a si mesmo o fato de que é como é. O dever ser é uma casca protetiva de natureza semântica da qual o direito se cobre para ocultar a si mesmo o fato, a pura factualidade, de que ele *não tem nenhum direito de ser direito*. Isso, naturalmente, vale para o direito positivo moderno. Outros tipos de direito utilizavam semânticas diferentes e construíam, de maneira diversa, aquilo que usavam como realidade.

A outra distinção que decorre da primeira distinção constitutiva e, com ela, compartilha aventuras e o paradoxo é a diferença entre *validade e eficácia*. Trata-se de referência fundamental para a pesquisa sociológica tradicional do direito, que se ocupa justamente da eficácia do direito, isto é, de seu impacto sobre a sociedade, de sua função integrativa, do controle social que por ele seria desempenhado ou, como se diz, de seu potencial de alocação de recursos. O motivo da inutilidade desta distinção não reside apenas naquilo que, há um século, Max Weber já fora capaz de notar, vale dizer, a impossibilidade de estabelecer causalidades objetivas ao agir, mas sim no fato de que o que os juristas chamam de validade não é nada mais do que um símbolo<sup>38</sup> que se move no sistema jurídico e que tem a função de fixar na temporalidade do sistema aquilo que pode ser diverso de como é. Em outras palavras: validade é uma simbolização factual do dever ser, isto é, da normatividade do direito. É o resultado da inclusão da temporalidade do dever ser no direito. Como tal temporalização opera sempre, e sempre no presente, o sistema jurídico constrói por meio da validade uma memória, ou seja, torna-se presente para si mesmo. O direito possui uma memória<sup>39</sup> e é destinatário dela<sup>40</sup>. Nesse sentido, a representação da eficácia esconde o paradoxo da validade, pois subtrai do observador o *poder ser diverso* daquilo que é utilizado como dever ser, lhe confere o valor de um valor e justifica a imagem segundo a qual o direito se aplica à realidade produzindo consequências observáveis. Empiricamente observáveis e detectáveis estatisticamente. Um grande problema teórico e prático de cada observação sociológica do direito é a ideia de aplicação, que também está presente na argumentação, na lógica e na interpretação jurídicas. Na verdade, a realidade sobre a qual o direito se subsumiria é a do direito que, por sua vez, é construída por meio de aplicações. É, realmente, muito difícil entender como poderia existir uma realidade do direito que esteja fora dele ou um conteúdo de normas externo à sua aplicação.

*Conformidade e desvio* é a outra distinção que a pesquisa sociológica do direito utiliza e leva às últimas consequências – até à elaboração de uma teoria do agir desviante e à pretensão de determinação das causas e dos fatores do desvio. Tem-se, aqui, uma evidência de que as modernas teorias do desvio reprimiram sua ascendência positivista. A diferença entre conformidade e desvio é uma distinção jurídica do agir, e não sociológica. Trata-se do paradoxo do terceiro excluído que é incluído. O objeto da criminologia não é, como geralmente se pensa, o agir desviante, mas a própria observação criminológica.

Por fim, há o mito da observação sociológica da função de integração social que o direito possuiria. A pesquisa sociológica teria o potencial de

descrever tal função. Não é simples, no entanto, entender o que significa desagregação social e como se poderia realizar aquilo que se denomina integração.

Para manter este mito vivo, a pesquisa sociológica considera como desagregadas aquelas regiões da sociedade, como, por exemplo, os *múltiplos espaços do Sul da sociedade moderna*, nas quais o direito possui apenas uma função expressiva: tornar visível o poder que tem o poder de recorrer ao direito ou burlá-lo. Na realidade, tais espaços não são desagregados, mas, ao contrário, hiper-integrados, pois, neles, um depende do outro e as possibilidades de agir dependem desta dependência recíproca. De modo diverso, nas sociedades em que o direito alcançou um alto grau de diferenciação, a dependência está vinculada à autonomia. Por outro lado, para além dessa discussão, não se pode explicar como o direito pode ter função de integração se, em seu normal operar, utiliza diferenças e as estabiliza como âmbitos subjetivos do agir, reconhecidos, justamente, pelo próprio direito. Não há dúvidas que a distinção integração/desagregação tem a ver com os *conceitos* que Bateson chamava de *explicativos*<sup>41</sup>, isto é, conceitos pelos quais pode-se explicar tudo, porque eles mesmos não são explicáveis, não descrevem nenhum objeto.

É, nesse sentido, que a pesquisa sociológica do direito utiliza, na realidade, conceitos, distinções próprias e internas ao direito, distinções jurídicas, como se fossem diferenças externas, construções de um observador externo, distinções por meio das quais a sociologia observa o direito.

Pergunta-se: por que a sociologia continua a ter esta dificuldade com o direito? Por que ainda utiliza observações que ocultam a construção paradoxal do direito e se resigna a manter viva a velha semântica do iluminismo? Luhmann afirmava que se trata de uma abstinência teórica da sociologia que a leva a recusar ser teoria da sociedade e a impede de entender até que ponto a sociedade moderna é, por si só, a realização de uma semântica que tem grandes pretensões. Como a pesquisa sociológica pode acessar tal semântica?

## V. A PESQUISA SOCIOLÓGICA DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

A pesquisa sociológica consegue apreender a observação do direito, desde que se afaste das distinções por meio das quais o sistema jurídico oculta seu paradoxo constitutivo e desde que construa seu conhecimento consciente dos limites estruturais do direito, que é uma estrutura autorreferente, localizada na produção simultânea entre lícito e ilícito. Este déficit estrutural oferece à pesquisa sociológica espaço para confrontos e análises comparativas dos possíveis modos de construção da realidade pelos quais o direito desenvolve seu paradoxo constitutivo. Tal pesquisa pode observar como o sistema jurídico assimetria sua circularidade e identificar como ele recorre a diferentes estratégias de deslocalização temporal de seu operar. Pode, por exemplo, ver como o direito utiliza estratégias de orientação aos fins para incluir o futuro em

seus espaços cognitivos. A pesquisa sociológica pode, assim, formular avaliações e observar a função real das técnicas de invenção das causalidades no futuro às quais o direito recorre. Desse modo, ela se abstém de considerar o futuro como âmbito próprio das operações jurídicas e de apreciar as diferenças a partir das consequências. Com isso, não se bloqueia diante do universo de distinções consolidadas pela semântica da causalidade, não incorre na falácia empírica das análises sociológicas tradicionais e se dá ao luxo das técnicas cognitivas da teoria. A pesquisa sociológica avalia as alternativas e observa a estratégia de assimetriação do direito de uma perspectiva realista, o que, por sua vez, a permite observar e descrever outros possíveis mecanismos de construção da realidade pelo direito. Dito de outro modo: ela vê o que a pesquisa tradicional não pode ver.

A partir dessas referências, a pesquisa sociológica pode observar a estratégia de controle de maneira realista. Não é possível continuar a descrevê-la como intervenção do direito no ambiente e a falar de funções que o sistema jurídico não pode desempenhar. A pesquisa precisa considerar o controle como técnica de imunização do direito em relação à simultaneidade de seu ambiente. A questão torna-se muito mais complexa. Há controle, porque o direito estabelece todos os eventos do presente pelo filtro de seu passado. Por passado entendemos o tempo no qual se fixa sentido adensado pela recordação do direito. Por meio desta atividade de controle, o sistema jurídico reativa seletivamente recordações, deixa aberta a possibilidade do esquecer e constrói sua memória. Em outras palavras: o direito representa seu ser presente a si mesmo e temporaliza a existência do ambiente. Desse modo, a pesquisa sociológica pode formular uma autêntica *sociologia da jurisprudência* por meio da observação da contínua reconstrução da atividade de memória do direito. Trata-se, assim, de uma sociologia da memória do direito, ou seja, da observação sociológica da contínua reprodução da memória. Aquilo que observamos como jurisprudência é, na realidade, um condensado de sentido jurídico que, aparentemente, sai do direito para agir sobre ele<sup>42</sup>. É, na verdade, o que Hofstadter chama de *tangled hierarchies*<sup>43</sup>. Esta orientação da observação abre à pesquisa o caminho para descrever os modos pelos quais o sistema jurídico torna possível sua própria evolução. Os pressupostos da evolução estão na memória do sistema. Nasce do fato de que, em cada atividade, o direito age como memória, mas, ao mesmo tempo, é seu destinatário. Operações e resultados de operações são, na realidade, a mesma coisa. A autorreferência localizada emerge sempre, mas, neste caso, se predispõe à evolução.

A partir dessas primeiras indicações, já é possível notar o quanto diverso seria o campo da pesquisa sociológica do direito se ele conseguisse se libertar do vínculo que o obriga a empregar as semânticas utilizadas pelo sistema jurídico para possibilitar seu agir e, ao contrário, adotasse a perspectiva de observação de uma complexa teoria da sociedade. Não apenas o campo de pesquisa seria diferente, mas muito mais amplo a ponto de alcançar o conhecimento necessário para compreender o direito da sociedade moderna.



Tal observação sociológica, que encontra suas raízes em uma teoria da sociedade, possibilita à pesquisa avaliar a capacidade cognitiva de aprendizagem da qual o sistema jurídico dispõe, isto é, avaliar em que medida o direito consegue controlar os conflitos que ele próprio produz. Estes são canalizados pelo sistema na medida em que os procedimentaliza e os transforma em problemas jurídicos. Isto é realizado pelos procedimentos. Uma observação sociológica do procedimento consegue ver que o percurso, por meio do qual o conflito que representa um problema social é transformado em problema jurídico, é possível graças a uma ulterior forma de assimetria da circularidade do direito, qual seja, a distinção entre regra e decisão. A decisão permite a regra que, por sua vez, possibilita a decisão. Apartada do olhar sociológico, a questão da construção da realidade pelo direito transforma-se em uma discussão estritamente jurídica da argumentação, ou seja, em uma pesquisa de motivos. Ainda assim, no entanto, o direito abre-se para a evolução.

Este tipo de conhecimento se ocupa de uma outra questão circular, que se refere à relação entre direito e política. Assim como o sistema jurídico, o político também tem por objeto o conflito. Sua manutenção é, no entanto, totalmente diversa. A política busca reativar o conflito e aprender com esta reativação. O direito, por outro lado, ocupa-se da estabilização de expectativas, as generaliza e tende a resistir à aprendizagem. Em outras palavras, o sistema jurídico preocupa-se em não questionar os pressupostos de sua operação toda vez que opera. A política, ao contrário, pode auto-instabilizar-se e reconstruir, a cada momento, a unidade da distinção entre seus interesses e suas avaliações. A observação sociológica da produção de conflitos, das diferentes funções que o conflito adquire no direito e na política, proporciona esta outra forma de investigação da evolução do direito.

A pesquisa sociológica pode se ocupar, ainda, de uma outra estratégia de deslocalização da autorreferência do direito, qual seja, o uso da ideia de interesse e de avaliação dos interesses. Ao contrário do que acontece no interior do sistema jurídico e da semântica do interesse que se afirmou na teoria do direito, a orientação sociológica dirige-se à descrição da construção de diferenças e de hierarquias que o sistema jurídico utiliza em relação a interesses e valores. O direito recorre à operacionalização da unidade da diferença entre interesses e valores, pois, desse modo, o interesse adquire um valor, porque tem um valor. Na realidade, o valor de um interesse nasce do interesse por um valor. A função dos interesses e dos valores é manter aberta a variação de ambas as partes, da parte do interesse e da parte do valor. A memória do direito reativa-se, referindo-se continuamente ao seletivo recordar e esquecer da unidade da respectiva diferença. Como o direito se reproduz sempre e simultaneamente quanto ao seu ambiente, a permanente auto-aplicação da unidade da distinção entre interesse e valor explicita a capacidade do sistema de se imunizar em relação a um ambiente ameaçador e de mantê-lo sob controle. A pesquisa sociológica a respeito do direito deve poder observar tal estratégia e evitar considerar interesses e valores como objetos, dados, objetividade que o direito recebe do ambiente onde eles existiriam,



supostamente, de maneira livre. Mais uma vez no deparamos com pressupostos da evolução que usam pressupostos da evolução.

Se entendida como indicamos, a observação sociológica do direito pode descrever os complexos caminhos pelos quais, por meio da ativação de sua memória, o direito é capaz de produzir identidade e diferença, isto é, de se reconhecer por suas transformações, de evoluir a partir de si mesmo e de realizar estabilidade a partir da contingência. Nesse sentido, a pesquisa sociológica abre-se para grandes perspectivas: não copia aquilo que o direito usa como realidade, não copia a semântica jurídica e suas distinções, mas observa o que tal semântica não pode descrever, revela aquilo que não pode ser visto e nomeia o que não pode ser nomeado. Pode, em outras palavras, nomear o paradoxo constitutivo do direito e ver a realidade da realidade do direito. Pode descrever, de uma perspectiva externa, o que Schelsky chamou de *die juristische Rationalität*<sup>44</sup> e identificar como esta racionalidade descreve a dramaturgia do paradoxo, isto é, como ela mesma é a dramaturgia de sua realização.

A pesquisa sociológica tradicional copia o direito para lhe dar um sentido, o critica para indicar um direito melhor. Faz como o Prometeu na Dramaturgia de um Rebelde, de F. Dürrenmatt, que buscou dar sentido à sua existência divina tentando criar deuses racionais. Foi seu grande erro, disse Dürrenmatt. Não considerou o fato de que, racional ou não, um Deus não tem um sentido. A teoria dos sistemas assume como seu ponto de observação o *déficit de racionalidade do direito*. Em sua estrutura, o direito possui tautologia e paradoxo, indecidibilidade e fechamento ao externo. A lógica, uma vez escreveu Luhmann, também precisou aprender a conviver com Gödel, assim como a sociedade aprendeu a viver com o seu direito, um organismo com seu sistema imunitário.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Cfr. N.Luhmann, H.R.Maturana et al., *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien? (Materialität der Zeichen)*, Wilhelm Fink, München 2003
- <sup>2</sup> H. v. Foerster, *Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993
- <sup>3</sup> 1960
- <sup>4</sup> Monica Böcker, H. v. Foerster, *Teil der Welt. Fraktale einer Ethik. Drama in drei Akten*, Carl Auer Verlag, Heidelberg 2002
- <sup>5</sup> P. Watzlawick, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? Wahn, Täuschung, Verstehen*, Piper, München, 1976; id., *Die erfundene Wirklichkeit – Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?* Piper, München 1981
- <sup>6</sup> N.Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2004
- <sup>7</sup> O. Marquard, *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981; id., *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973
- <sup>8</sup> Uma questão sobre a qual frequentemente discutimos com Luhmann. Mais que considerá-la uma questão, a considerávamos como uma brincadeira.
- <sup>9</sup> Para H. v. Foerster, tratava-se, naturalmente, de uma diferença subjetiva.
- <sup>10</sup> G.W.F.Hegel, *Grundlinien der Philosophie de Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Hegel Werke* (hrsg. von E. Moldenhauer, K. M. Michel), Suhrkamp, Frankfurt a.M., Bd.7, p. 24
- <sup>11</sup> Cfr. O. Marquard, *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, cit.
- <sup>12</sup> *Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1844*, in: *Marx-Engels-Gesamtausgabe*, Abteilung 1, Bd. 3, Berlin 1932, pp. 29-172
- <sup>13</sup> Luhmann, N. *Kultur als Historischer Begriff*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997, Bd. 4, pp. 31-54
- <sup>14</sup> N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, F. Angeli, Milano 2015, cap. 4: *Forme della differenziazione*
- <sup>15</sup> *die schlechte Unendlichkeit*. Cfr. nota 10
- <sup>16</sup> I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, in: *Werke in 12 Bänden*, (hrsg. von W. Weischedel), Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1974, Bd. III/IV
- <sup>17</sup> O episódio me foi contado por Luhmann, mas este também faz alusão a ele na sua conferência em Würzburg: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Metzner, Frankfurt a. M. 1986
- <sup>18</sup> R. Koselleck, "Neuzeit": *Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe*, in: *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1979, pp. 260-277
- <sup>19</sup> Cfr. R. De Giorgi, *Azione e imputazione. Semantica e critica di un concetto nel diritto penale*, Milella, Lecce 1984, parte I.
- <sup>20</sup> M. Weber, *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 19 (1904), in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Salzwasser Verlag, Paderborn 2013 (Nachdruck des Originals von 1922), pp. 146-214
- <sup>21</sup> W. Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt 1976
- <sup>22</sup> Cfr. R. De Giorgi, *Ciencia del derecho y legitimación*, Universidad Iberoamericana, México DF 1998
- <sup>23</sup> Cfr. R. De Giorgi, op. ult. cit.; E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992; D. P. Carlotti, *O debate entre Ehrlich e Kelsen: A convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século xx*, in: *Quaestio Juris*, v.8, n.4, Número Especial. Rio de Janeiro 2015, pp. 2287-2303.

- <sup>24</sup> Classico: S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945
- <sup>25</sup> *Il diritto come profezia. Il realismo americano*. Antologia di scritti a cura di S. Castignone, A. M. Ripoli, C. Faralli, Giappichelli, Torino 2002
- <sup>26</sup> <Il socialismo giuridico>. *Ipotesi e letture*, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, III/IV (1974/1975)
- <sup>27</sup> K. Olivecrona, *Law as Fact*, H. Milford, Oxford University Press, 1939; ma anche A. Ross, *Toward a Realistic Jurisprudence; a Criticism of the Dualism in Law*, E. Munksgaard, Copenhagen 1946
- <sup>28</sup> *Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institutionen und Planung*, VS (Verlag für Sozialwissenschaften), Wiesbaden 1980
- <sup>29</sup> N. MacCormick, O. Weinberger, *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker&Humblot, Berlin 1985
- <sup>30</sup> *Interpretação do direito e movimentos sociais*, Elsevier, Rio de Janeiro 2012
- <sup>31</sup> A. Podgorecki, *Knowledge and Opinion About Law*, M. Robertson, London 1968
- <sup>32</sup> R. De Giorgi, L. Nuzzo, *Criminology: What is it About?*, in: *What is Criminology About? Philosophical Reflections*, edited by Don Crewe and Ronnie Lippens, Routledge, Abingdon, Oxon-New York 2015, pp. 84-100
- <sup>33</sup> Cfr. N. Luhmann, op. cit. (nota 17)
- <sup>34</sup> Cfr. M. Rehbinder, *Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1(1970), pp. 333-359; id., *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1995
- <sup>35</sup> Clássicos os trabalhos de Kelsen no início do século passado: H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen 1922
- <sup>36</sup> *Rechtstatsachenforschung*, precisamente, na formulação alemã, a língua na qual já ao início do século passado apareceram os primeiros trabalhos, os quais depois constituíram o ponto de referência para toda a literatura sucessiva.
- <sup>37</sup> In: M. Zeleny (ed.), *Autopoiesis. A Theory of Living Organization*, Elsevier, New York/Oxford 1981, pp. 252-262
- <sup>38</sup> N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993, pp. 98-110, especialmente p.106
- <sup>39</sup> R. De Giorgi, *A memória do direito*, in: *Direito, tempo e memória*, Quartier Latin, São Paulo 2006, pp. 37-61
- <sup>40</sup> Cfr. H. v. Foerster, *Was ist Gedächtnis, dass es Rückschau und Vorschau ermöglicht?*, in: S. J. Schmidt (Hrsg.), *Gedächtnis. Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, pp. 56-95
- <sup>41</sup> *explanatory principle*: G. Bateson, *Metalogue: What is an Instinct?* (1969), in: *Steps to an Ecology of the Mind. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*, Jason Aronson Inc., Northvale, New Jersey, London, Reprint 1987, pp. 48-69, 48
- <sup>42</sup> R. De Giorgi, *Giurisprudenza. È una commedia? È una tragedia?*, in: *Temi di filosofia del diritto*, Vol. II, Pensa MultiMedia, Lecce 2015, pp. 33-43
- <sup>43</sup> D. R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, New York 1979
- <sup>44</sup> H. Schelsky, *Die Juridische Rationalität*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 247, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980

## >> REFERÊNCIAS

- Bateson, G.** *Metaphology: What is an Instinct?* (1969), in: *Steps to an Ecology of the Mind. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*, Jason Aronson Inc., Northvale, New Jersey, London, Reprint 1987, pp. 48-69, 48
- Böcker, Monica, H. v. Foerster**, *Teil der Welt. Fraktale einer Ethik. Drama in drei Akten*, Carl Auer Verlag, Heidelberg 2002
- De Giorgi, R.** *Giurisprudenza. È una commedia? È una tragedia?*, in: *Temi di filosofia del diritto*, Vol. II, Pensa MultiMedia, Lecce 2015, pp. 33-43
- \_\_\_\_\_. **L. Nuzzo**, *Criminology: What is it About?*, in: *What is Criminology About? Philosophical Reflections*, edited by Don Crewe and Ronnie Lippens, Routledge, Abingdon, Oxon-New York 2015
- Foerster, H. v.**, *Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993
- Hegel, G.W.F.** *Grundlinien der Philosophie der Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Hegel Werke* (hrsg. von E. Moldenhauer, K. M. Michel), Suhrkamp, Frankfurt a.M., Bd.7, p. 24
- Hofstadter, D. R.**, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, New York 1979
- Kant, I.** *Kritik der reinen Vernunft*, in: *Werke in 12 Bänden*, (hrsg. von W. Weischedel), Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1974, Bd. III/IV
- Kelsen, H.** *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911
- \_\_\_\_\_. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen 1922
- Luhmann, N.** *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997
- \_\_\_\_\_. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2000
- \_\_\_\_\_. **Maturana, H. R. et al.**, *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien? (Materialität der Zeichen)*, Wilhelm Fink, München 2003
- \_\_\_\_\_. **De Giorgi, R.** *Teoria della società*, F. Angeli, Milano 2015
- Marquard, O.** *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981; id., *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973
- Schelsky, H.** *Die Juridische Rationalität*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 247, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980
- Watzlawick, P.** *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? Wahn, Täuschung, Verstehen*, Piper, München, 1976; id., *Die erfundene Wirklichkeit – Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?* Piper, München 1981
- Zeleny, M (ed.)**, *Autopoiesis. A Theory of Living Organization*, Elsevier, New York/Oxford 1981

**ASPECTOS REGULATÓRIOS  
E DESAFIOS DA ILUMINAÇÃO  
PÚBLICA: CONTROVÉRSIAS E  
DESENVOLVIMENTOS RECENTES //**  
PUBLIC LIGHTNING'S REGULATORY  
ASPECTS AND CHALLENGES: RECENT  
CONTROVERSIES AND DEVELOPMENTS

Joisa Dutra, Patrícia Sampaio, Lívia Amorim

>> **RESUMO // ABSTRACT**

A relevância da iluminação pública para a sociedade se apresenta em diversas dimensões, trazendo ganhos sensíveis para a segurança pública, o ordenamento do tráfego urbano e o aproveitamento noturno de espaços públicos. No entanto, a provisão adequada desse serviço historicamente representa um desafio a formuladores de política e reguladores, tanto pelo elevado consumo de energia demandado, quanto pela necessidade contínua de manutenção e melhoria das instalações, que importam em custos expressivos para os municípios, em muitos casos representando a sua segunda maior despesa.

Com a determinação da ANEEL de que os ativos de iluminação pública que porventura se encontrassem na base de ativos das distribuidoras locais fossem integralmente transferidos para o município titular do serviço até o dia 31 de dezembro de 2014<sup>1</sup>, os municípios estão tendo que lidar com uma nova realidade, a de gerir diretamente os ativos de iluminação pública ou de contratar com terceiros essa gestão, o que representará um custo adicional aos orçamentos locais. Para fazer frente a essa nova realidade, os municípios têm adotado arranjos diferentes para gerir os ativos transferidos. Foram observadas especialmente a adoção de três possibilidades: a gestão direta pelo poder público ou sua contratação mediante licitação para a contratação de serviço de manutenção, a adoção de Parcerias Público-Privadas (PPP) ou a reunião de municípios por meio de Consórcios Públicos.

Neste trabalho buscou-se investigar o funcionamento de cada uma das alternativas adotadas pelos municípios. Ademais, observou-se que, independentemente do modelo adotado, os desafios encontrados têm sido diversos. Muito embora a Constituição determine que a cobrança possa ser utilizada para “custeio dos serviços de iluminação pública”, a legislação federal não prevê quais rubricas poderiam ser cobertas ou não com recursos da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP)<sup>2</sup>. Além da barreira financeira, os municípios deparam-se com a falta de expertise sobre o tema e a falta de preparo para conseguir gerir o serviço de iluminação pública, com toda a sua complexidade. // Public lighting's relevance to society appears in many different dimensions, it brings significant gains for public safety, urban traffic planning and the improvement of public spaces' nightly use. However, the adequate provision of this service represents a historical challenge to policy and regulatory-makers both by the high demanded power consumption and the continuous need for facilities' maintenance and improvement, which counts for significant municipalities costs, in many cases representing their second largest expense.

Municipalities have to deal with a new reality, to directly manage public lighting assets or contract such management with third parties, which will represent an additional cost to local budgets. This is happening due to ANEEL's determination that public lighting assets that may be found in the local distribution company's (Distributor) asset base were fully transferred to the municipality holder of the service until December 31st, 2014. Municipalities have adopted different arrangements to manage the

transferred assets to face this new reality. The adoption of three possibilities were especially observed: direct management by the government or its hiring through public bidding for the maintenance service contracting, the adoption of Public Private Partnerships (PPP) or the reunion of municipalities by means of Public Consortiums.

This paper aims to inquiry the functioning of each of the alternatives adopted by municipalities. Moreover, it shows that, regardless of the model adopted, the challenges encountered have been diverse. Although the Constitution rules that charges can be used to "public lighting services' funding", the federal legislation does not provide which rubric could be covered or not with resources from the Contribution to Funding Public Lighting Service (COSIP - Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública). Beyond the financial barrier, municipalities are faced with the lack of expertise on the subject and the lack of preparation to deal with the public lighting service, with all its complexity.

---

**>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Iluminação Pública, ANEEL, Direito Regulatório, Políticas Públicas. // Public Lightning, ANEEL, Regulatory Law, Public Policies.

---

**>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS**

**Joisa Dutra**

Diretora do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV/CERI). Doutora em Economia pela EPGE-FGV. // Head of the Center for Regulation and Infrastructure Studies of the Getúlio Vargas Foundation (FGV/CERI). PhD in Economics from EPGE-FGV.

**Patrícia Sampaio**

Professora da FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio. Colaboradora do FGV/CERI. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). // Professor of the FGV Law School Rio. Researcher at the Research Center for Law and Economics of the FGV Law School Rio. Associate at the FGV/CERI. Phd in Law from the University of São Paulo (USP).

**Livia Amorim**

Pesquisadora do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV/CERI). Mestre em Tributação em Finanças de Petróleo e Gás Natural pelo CEPMLP – University of Dundee. // Researcher at the Center for Regulation and Infrastructure Studies of the Getúlio Vargas Foundation (FGV/CERI). Master in Tax Law, Oil Finance and Natural Gas from CEPMLP (University of Dundee).



## 1. INTRODUÇÃO

A relevância da iluminação pública para a sociedade se apresenta em diversas dimensões, trazendo ganhos sensíveis para a segurança pública, o ordenamento do tráfego urbano e o aproveitamento noturno de espaços públicos. No entanto, a provisão adequada desse serviço historicamente representa um desafio a formuladores de política e reguladores, tanto pelo elevado consumo de energia demandado, quanto pela necessidade contínua de manutenção e melhoria das instalações, que importam em custos expressivos para os municípios, em muitos casos representando a sua segunda maior despesa.<sup>3</sup>

Soma-se a tais desafios a complexidade da regulação dos serviços de iluminação pública, tendo em vista a sua dupla submissão normativa à legislação federal e à municipal. Isso porque o fornecimento de energia elétrica, por definição constitucional (art. 21º, XII, “b”, CF/88), é de competência da União. Por outro lado, em razão da competência afeta aos serviços de interesse local (art. 30, V da CF/88), os municípios são responsáveis por organizar e prestar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de iluminação pública.

Com a determinação da ANEEL de que os ativos de iluminação pública que porventura se encontrassem na base de ativos das distribuidoras locais fossem integralmente transferidos para o município titular do serviço até o dia 31 de dezembro de 2014<sup>4</sup>, os municípios estão tendo que lidar com uma nova realidade, a de gerir diretamente os ativos de iluminação pública ou de contratar com terceiros essa gestão, o que representará um custo adicional aos orçamentos locais.

O presente artigo pretende analisar quais arranjos vêm sendo adotados pelos municípios que já atenderam à determinação da ANEEL, especialmente sob dois aspectos: i) que arranjo regulatório vem sendo adotado (prestação direta ou delegada, em consórcio ou não com outros municípios); e ii) qual fonte de custeio tem sido utilizada.

Portanto, o objetivo do artigo é comentar algumas das principais questões regulatórias que o segmento da iluminação pública tem enfrentado para a condução desse novo cenário e, ao final, traçar algumas perspectivas para o futuro.

Nesse contexto, foram investigadas como hipóteses, com seus respectivos ônus e benefícios: (i) a gestão direta de ativos e prestação de serviços pela municipalidade; (ii) a formação de consórcios públicos para a sua gestão associada; (iii) a contratação de parcerias público-privadas. Na análise desses diferentes arranjos jurídicos foram considerados modelos econômicos de financiabilidade, tendo em vista a discussão em torno da possibilidade de utilização de recursos advindos da Contribuição para a Iluminação Pública (COSIP) bem como a necessidade de busca de métodos alternativos, seja porque alguns municípios não instituíram referida cobrança, seja porque a possibilidade de uso de recursos da COSIP para projetos de eficiência energética e expansão e melhoria da rede por parte dos municípios pende de julgamento, no momento, no Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

## 2. CENÁRIO ATUAL DA GESTÃO DOS ATIVOS E DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a Constituição Federal define que o fornecimento de energia elétrica é de competência da União, enquanto os municípios são responsáveis por organizar e prestar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de iluminação pública. Nesse sentido, coube à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), agência reguladora federal, regular a oferta da energia elétrica e conceituar aspectos importantes da iluminação pública.

Em sua Resolução nº 414 de 2010, a ANEEL conceitua a iluminação pública como sendo “serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual<sup>6</sup>”. Mais adiante, complementa que:

*a classe iluminação pública, de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou auto-rização, caracteriza-se pelo fornecimento para iluminação de ruas, praças, avenidas, túneis, passagens subterrâneas, jardins, vias, estradas, passarelas, abrigos de usuários de transportes coletivos, logradouros de uso comum e livre acesso, inclusive a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas e definidas por meio de legislação específica, exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem a interesses econômicos<sup>7</sup>.*

Na mesma resolução, define ainda que as instalações de iluminação pública são um “conjunto de equipamentos utilizados exclusivamente na prestação do serviço de iluminação pública<sup>8</sup>”. Destaca-se, por fim, que a referida resolução define a iluminação pública como subgrupo das unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV (subgrupo B4)<sup>9</sup>.

A Resolução nº 414 de 2010 da ANEEL, além de trazer importantes conceitos relacionados ao fornecimento de energia, determinou que as distribuidoras deveriam transferir os ativos de iluminação pública (IP) aos Municípios<sup>10</sup>, até a data limite de 31 de dezembro de 2014. A determinação fundamenta-se justamente no entendimento de que cabe à municipalidade a gestão dos ativos de iluminação pública, por tratar-se de serviço de interesse local (art. 30, V da CF c/c art. 149-A da CF). Não seria, portanto, de responsabilidade das concessionárias de distribuição a manutenção, conservação e melhorias do sistema de iluminação pública.

Não obstante a determinação da ANEEL, muitos Municípios vêm suscitando a inconstitucionalidade da mesma, pleiteando judicialmente e conseguindo, em sede de liminar, a suspensão da transferência dos ativos<sup>11</sup>. Em seus fundamentos argumentam que a Agência Reguladora extrapolou suas competências, nas quais se incluem, de forma resumida, regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Ademais, os Municípios alegam que não possuem condições técnicas e financeiras para começarem a gerir os ativos de iluminação pública, pelo fato de que a transferência desses ativos irá impactar de forma expressiva o orçamento. Segundo a Resolução 414 de 2010 da ANEEL (art. 24, §2º c/c art. 218, §2º, III), a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública, quando os ativos pertencerem ao Poder Público Municipal, será a tarifa B4a, e não mais a tarifa B4b, cobrada quando os ativos pertencerem à distribuidora. Conforme esclarece a Nota Técnica nº 021/2011 SRC/ANEEL, muito embora a nova tarifa (B4a) seja cerca de 9,5% mais barata que a anteriormente cobrada (B4b), a despesa adicional que incumbirá aos Municípios na gestão dos ativos implicará em um aumento de cerca de 30%<sup>12</sup> no orçamento do mesmo.

Sobre este aspecto ainda, soma-se o fato de os gastos com a iluminação pública e com o poder público<sup>13</sup> representarem parcela considerável e de grande impacto no orçamento das municipalidades. Conforme se verifica pela tabela abaixo, veiculada no Anuário Estatístico de Energia (2014), o consumo de energia com iluminação pública e com o poder público representam mais de 6% do consumo total de energia do país, consumo este que cresce continuamente todos os anos.

TABELA 1: CONSUMO DE ENERGIA POR CLASSE (GWH)

Tabela 3.3: Consumo por classe (GWh) /  
Consumption by end-use sector (GWh)

	2009	2010	2011	2012	2013	Δ% (2013/2012)	Part. % (2013)	
<b>Brasil</b>	<b>384.306</b>	<b>415.683</b>	<b>433.034</b>	<b>448.171</b>	<b>463.335</b>	<b>3,4</b>	<b>100,0</b>	<b>Brazil</b>
Residencial	100.776	107.215	111.971	117.646	124.896	6,2	27,0	Residential
Industrial	161.799	179.478	183.576	183.475	184.609	0,6	39,8	Industrial
Comercial	65.255	69.170	73.482	79.226	83.695	5,6	18,1	Commercial
Rural	17.304	18.906	21.027	22.952	23.797	3,7	5,1	Rural
Poder Público	12.176	12.817	13.222	14.077	14.608	3,8	3,2	Public Sector
Iluminação Pública	11.782	12.051	12.478	12.916	13.512	4,6	2,9	Public Lighting
Serviço Público	12.898	13.589	13.983	14.525	14.847	2,2	3,2	Public Service
Próprio	2.319	2.456	3.295	3.354	3.372	0,5	0,7	Own use

Fonte: EPE. Anuário Estatístico de Energia Elétrica. 2014.

Por fim, somado à deficiência técnica e financeira, tem-se ainda o fato de que os ativos de iluminação pública a serem transferidos se encontram em situação precária. Apesar de o art. 218 da Resolução 414 de 2010 da ANEEL estabelecer, em seu §6º, que a distribuidora deve encaminhar à Agência Reguladora termo de responsabilidade no qual declare que o sistema de

iluminação pública está em condições de operação e em conformidade com as normas e padrões disponibilizados pela distribuidora e pelos órgãos oficiais competentes, muitos Municípios alegam que isso nem sempre vem ocorrendo e que as condições dos ativos são precárias.

Em razão da incapacidade técnica e financeira da municipalidade, muitos não conseguiram cumprir no prazo estipulado a determinação da ANEEL. Ressalta-se, entretanto, que este prazo já foi postergado duas vezes. O primeiro prazo foi estipulado como sendo 24 meses após a publicação da Resolução n° 414 de 2010, ou seja, 15 de setembro de 2012. Posteriormente, em abril de 2012, a Resolução n° 479/2012 estabeleceu um novo prazo final, sendo este 31 de janeiro de 2014. Por fim, diante da permanência das dificuldades apresentadas pelos Municípios, a ANEEL houve por bem prorrogar novamente o prazo, desta vez para o dia 31 de dezembro de 2014.

Segundo os últimos dados fornecidos pela ANEEL<sup>14</sup>, datados de 8 de maio de 2015, 91,7% dos municípios (5.564) já assumiram os ativos de iluminação pública. Ainda restam, portanto, que 8,3% deles (457) cumpram com a definição da Agência Reguladora. Neste sentido, em que pese a resistência e os argumentos levantados pelos Municípios, o que se percebe é que a grande maioria já assumiu a titularidade dos ativos de iluminação pública, conforme demonstra a tabela a seguir:

TABELA 2: BALANÇO DA TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Estado	Quantidade pendente	Quantidade que assumiu
Amapá	16	-
Ceará	134	50
Minas Gerais	37	816
Paraná	18	381
Pernambuco	84	101
São Paulo	155	548
Roraima	15	-

Fonte: ANEEL

Analisando-se as alternativas utilizadas pela municipalidade para gerir os ativos transferidos, observa-se especialmente a adoção de três possibilidades: a gestão direta pelo poder público ou sua contratação mediante licitação para a contratação de serviço de manutenção; a adoção de Parcerias Público-Privadas (PPP); e a reunião de municípios por meio de Consórcios Públicos.

Ressalta-se ainda que nesses três modelos citados houve uma migração de um “serviço público de iluminação pública” para o que vem sendo

denominado de “Serviços de Gestão de Energia e Eficiência Energética”. Assim, a gestão do serviço de iluminação pública passou a englobar não meramente a prestação de um serviço público e sua manutenção, mas também diversos investimentos visando à modernização deste serviço, tornando-o sustentável.

Diante deste cenário e tendo em vista os arranjos adotados, para permitir uma melhor compreensão das vantagens e desvantagens de cada alternativa, selecionou-se, para cada um deles, um caso a ser investigado. Para o modelo de gestão direta pelo poder público será utilizada o caso da RIOLUZ, da Cidade do Rio de Janeiro. Para o modelo de Parcerias Público-Privadas (PPP) trataremos do exemplo da Cidade de São Paulo. Por fim, para os Consórcios Públicos, abordaremos o CIGIP, consórcio público formado por Municípios de Alagoas.

### 3. ESTUDO DE CASO

#### A. RIO LUZ

O município do Rio de Janeiro optou por prestar diretamente o serviço de iluminação pública, através da Companhia Municipal de Energia e Iluminação – Rioluz. A empresa pública, criada pela Lei Municipal nº 1561 de 13/02/1990 e regulamentada pelo Decreto Municipal nº 9.553 de 07/08/1990, possui capital fechado e é vinculada à Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos. Embora pertença à administração indireta, a Rioluz é parte da administração municipal e, justamente por isso, a prestação é considerada direta e não indireta (nos casos de delegação do serviço).

A Rioluz é responsável atualmente pela implantação e manutenção do sistema de iluminação pública do município do Rio de Janeiro, lidando também com os projetos de expansão. Adicionalmente, a empresa pública concede licenças e atua na fiscalização das empresas instaladoras e conservadoras de elevadores, escadas rolantes, planos inclinados, teleféricos e sistemas de ar-condicionado central e exaustão mecânica.

A Companhia administra os recursos do Fundo Especial de Iluminação pública (FEIP). Embora seja vinculado à Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos<sup>15</sup>, referido fundo é administrado pela Rioluz por meio de uma delegação de competência feita pelo Decreto Municipal nº 33.434 de 23/2/2011.

O Fundo Especial de Iluminação pública é majoritariamente abastecido pelas verbas da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública, a COSIP, instituída pela lei nº 5.132, de 17 de dezembro de 2009. Segundo a legislação, a COSIP deve ter sua receita destinada exclusivamente ao custeio do serviço de iluminação pública, tais como a iluminação de vias, logradouros e demais bens de uso comum do povo, e a instalação, a manutenção e o melhoramento da rede de iluminação pública<sup>16</sup>.

No tocante a este aspecto, ressalta-se que houve grande discussão acerca do uso das verbas do Fundo Especial de Iluminação Pública

para despesas alheias às permitidas por lei. O Parecer Prévio às Contas de Governo da Prefeitura do Rio de Janeiro – exercício de 2013, feito pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, relatou alegado uso indevido das verbas para suprir o consumo de energia dos Planos Inclinados do Outeiro da Glória; da Penha; do Pavão-Pavãozinho; e do Rio Cidade de Campo Grande. O Fundo ainda cobria despesas feitas com a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos grupos de geradores instalados no Centro Administrativo São Sebastião e com serviços de manutenção preventiva, corretiva e operacional no grupo gerador instalado na residência oficial na Gávea Pequena<sup>17</sup>. Ressalte-se que no Parecer Prévio às Contas de 2012 o TCM RJ já havia constatado tais gastos indevidos e já havia recomendado que eles fossem suspensos e as verbas restituídas ao fundo. No entanto, segundo o Parecer de 2013, as práticas continuaram e nenhuma medida em sentido oposto havia sido verificada.

Posteriormente, na inspeção ordinária feita pela Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento em março de 2015, verificou-se que persistia o uso indevido de verbas do FEIP. O parecer das Contas de 2014, desta vez, acusou gastos com o remanejamento de energia elétrica de particulares e radares, e uso de verbas do fundo como contraprestação pecuniária à Concessionária Rio Mais (responsável pelas obras do Parque Olímpico e da infraestrutura da Vila dos Atletas). Por não se destinarem ao uso comum em razão da finalidade atribuída a elas, certas áreas do Parque Olímpico e da Vila dos Atletas não poderiam ter sido custeadas com verbas do FEIP.

Não obstante os gastos indevidos das verbas do Fundo Especial de Iluminação Pública, ele é ainda o fundo especial do município do Rio de Janeiro que apresenta o maior superávit, no valor de R\$ 15.701.000,00, correspondente a 6,42% de suas receitas.<sup>18</sup>

Os apontamentos acima e a ausência, até a presente data, de uma definição explícita de qual a extensão e limites do uso legítimo da COSIP no que tange ao tema de custeio de iluminação de espaços públicos parece permitir algum questionamento sobre se teriam ou não os municípios cariocas direito a uma redução desse tributo. A pergunta enseja reflexão pois o fundo se encontra superavitário e, ainda, alegadamente sendo usado para finalidades distintas daquela constitucionalmente estabelecida para a COSIP.

Por fim, ainda no tocante à Riolut, destaca-se que a empresa, visando maior sustentabilidade, possui um setor de reciclagem dos materiais e equipamentos utilizados na prestação do serviço de iluminação pública, propiciando-se assim o reaproveitamento dos mesmos e gerando grande economia aos cofres públicos. Trata-se do Centro de Logística Reversa, a empresa pública trabalha na recuperação dos materiais e equipamentos que se tornaram obsoletos, como por exemplo, postes, luminárias, comandos e células fotoelétricas. A tabela 3 abaixo ilustra o número de materiais produzidos/recuperados a partir da reciclagem no Centro de Logística Reversa em 2013. Os números são significativos. Ao longo de 2013, por exemplo, foram recuperadas 10.698 luminárias e projetores e 7.528 lâmpadas.

TABELA 3: ACOMPANHAMENTO MENSAL DA PRODUÇÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS PRODUZIDOS/RECUPERADOS A PARTIR DA RECICLAGEM

**Acompanhamento mensal da produção – 2013**

Material	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Total
Luminária e Projetores	1339	951	1524	803	657	1270	1612	1277	1265	10698
Reatores	98	242	278	160	0	50	430	18	49	1325
Comandos	89	70	100	76	111	83	65	53	50	697
Lâmpadas	0	784	1527	1066	1141	885	893	750	482	7528
Relés & Bases	0	1040	1689	1800	354	300	0	400	0	5583
Geral (Serralheria)	90	45	124	65	233	272	184	145	148	1306
Carpintaria	0	32	309	52	248	103	288	318	29	1379
Pintura	1358	1025	1664	856	703	1478	1703	1250	404	10441
Fibra de Vidro	104	126	101	78	145	43	21	53	80	751
Refrigeração	0	1	8	6	5	3	5	6	2	36
										Total = 39744

Fonte: Apresentação Rioluz<sup>19</sup>

A prestação direta pelo município, no entanto, pode ser especialmente desafiadora considerando a falta de expertise e de estrutura de muitos dos municípios para operação e manutenção desses ativos de iluminação pública. Para muitos deles, a atribuição dos serviços a um ente privado pode se mostrar como a melhor opção, a forma mais eficiente de tornar disponível esse serviço para a coletividade e de diminuir perdas associadas à prestação direta pelo Estado – potencializadas nos anos iniciais, em virtude da curva de aprendizagem. Por outro lado, esse mesmo grupo de municípios que não gozam atualmente de capacidade técnica e financeira para prestar diretamente o serviço são possivelmente aqueles que enfrentarão maiores desafios para modelar uma parceria público-privada com uma estrutura de garantias de suas obrigações pecuniárias robusta e com escala suficiente para atrair investidores.

Nesse sentido, as seções seguintes do presente artigo examinam os casos da PPP modelada – mas ainda não realizada – pelo município de São Paulo e do consórcio formado em Alagoas – o CIGIP – que atualmente congrega 67 municípios com vistas de fazer uma atribuição conjunta dos serviços de iluminação pública.

## B. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA SP

Com vistas a atribuir a um ente privado a gestão da infraestrutura de iluminação pública do município, em abril de 2013, o município de São Paulo abriu um processo de Chamamento Público para a realização de estudos técnicos e modelagem de uma Parceria Público-Privada (PPP)<sup>20</sup>.



Àquela altura, ainda não estava integralmente claro quais seriam os recursos utilizados para garantir a contrapartida devida pelo Município; porém, já havia uma orientação no sentido de que os Estudos a serem realizados deveriam “adequar os custos iniciais decorrentes do projeto aos valores recebidos pelo município com a arrecadação da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP, com tendência de redução ao longo do tempo do contrato”<sup>21</sup>.

Como resultado do processo foi aberta, em abril de 2015, a Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015 para a contratação de Concessão Administrativa para a “modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo”<sup>22</sup>. A licitação foi suspensa por força de determinação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo na TC n.º 72.002.036/15-60 em virtude de questionamentos diversos, principalmente relacionados ao cálculo da contrapartida devida pelo município.

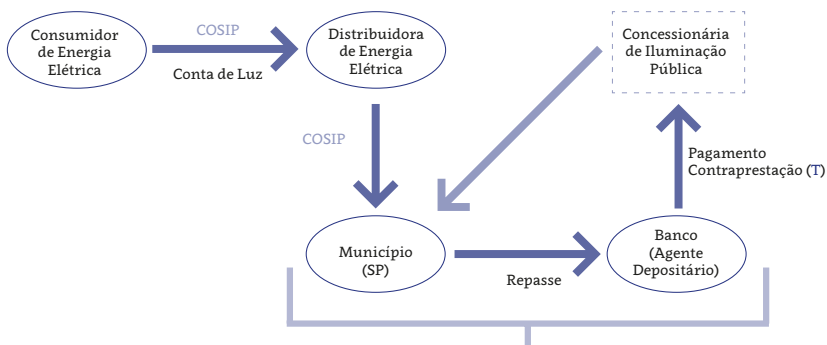
Apesar da suspensão, a divulgação dos termos do Contrato e respectivos instrumentos garantidores (por parte do Poder Concedente) já reflete as condições que foram estruturadas para viabilidade/atratividade da outorga. Como comentado, no âmbito de uma PPP, principalmente de uma PPP administrativa – na qual esse risco é potencializado-, um dos principais desafios para o Poder Concedente é estruturar adequadamente o fluxo de recebíveis do Concessionário, de forma a mitigar a percepção de risco dos potenciais investidores. O risco de inadimplemento pode reduzir a atratividade e o número de competidores no processo, penalizando sua eficiência e a capacidade de atribuir a prestação dos serviços a agentes capazes de atender as obrigações inerentes a uma adequada provisão.

Como era esperado, a remuneração do concessionário foi estruturada a partir da arrecadação mensal da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP pelo município. Diante desse fato, dois aspectos são centrais a serem investigados: i) como se dará a alocação de riscos na arrecadação e destinação dessas receitas; e ii) se há e quais são as garantias oferecidas pelo Poder Concedente caso o fluxo de recebíveis projetado não venha a se realizar – seja por uma situação conjuntural (a exemplo de uma arrecadação inferior à contrapartida devida) ou estrutural (caso da revogação da lei que institui a COSIP ou a definição de que a arrecadação da COSIP não pode ser usada para custear determinadas atividades abrangidas pelo objeto da outorga).

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o da arrecadação e destinação dos recursos da COSIP, há, basicamente, quatro atores envolvidos: (i) a distribuidora, responsável tributária pela cobrança e recolhimento da Contribuição (nos termos do art. 6º da Lei Municipal n.º 13.479/2002)<sup>23</sup>; (ii) o Município – como ente tributante e Poder Concedente e titular originário das receitas da COSIP arrecadas; (iii) o Concessionário de iluminação pública; e (iv) o Agente Depositário (Instituição Financeira), que ficará responsável pela gestão dos recursos arrecadados e depositados na conta vinculada ao pagamento da contraprestação.

O diagrama apresentado na Figura 1 mostra como o fluxo de recebíveis da COSIP será repassado ao Concessionário de iluminação pública:

FIGURA 1: REPASSE DE RECEBÍVEIS AO CONCESSIONÁRIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA



O Valor mensal arrecadado pelo município (COSIP) pode ser maior, menor ou igual à contraprestação mensal devida à Concessionária de Iluminação Pública:

- **Maior**  
Excedente mensal retorna para o município
- **Menor**  
Município deverá empenhar recursos adicionais
- **Igual**  
Zera o saldo da Conta Vinculada

Em primeiro lugar, é importante mencionar a participação da distribuidora de energia elétrica no processo, tendo em vista que, na qualidade de responsável tributária, a ela cabe arrecadar a COSIP. Embora não seja destinatária das receitas da COSIP, assume tão somente uma função gerencial em relação à arrecadação desse tributo. O montante arrecadado é parte das receitas originárias do Município e neste caso é destinado a um Fundo especial vinculado ao custeio do serviço de iluminação pública (cf. art. 8º da Lei Municipal n.º 13.479/2002<sup>24</sup>). Um ponto importante a ser investigado sobre esse ponto diz respeito à alocação do risco da inadimplência da COSIP: se à distribuidora de energia elétrica ou se ao município. Por sua vez, caso ele seja alocado à distribuidora, a COSIP lançada nas faturas não pagas de energia elétrica deve ser paga pela distribuidora. Caso ele seja alocado ao município, há um risco de haver um descasamento temporal entre o volume total de recursos projetados da COSIP – em função da demanda de energia elétrica – e o valor efetivamente disponibilizado na conta vinculada, já que dependerá da mobilização de esforços do município para a cobrança desses recursos.<sup>25</sup>

Para que os recursos arrecadados pela distribuidora sejam efetivamente acessados pela Concessionária de iluminação pública, foi estruturada a abertura de uma conta vinculada – *escrow account* – a ser administrada por uma instituição financeira, o Agente Depositário, ao qual compete mantê-la vigente durante todo o prazo da concessão e efetuar os pagamentos devidos à Concessionária e ao Concedente (no caso de a apuração mensal da COSIP ser, em um dado mês, ser superior à contrapartida

mensal devida). Como o município é o titular originário dessas receitas – e não pode deixar de ser<sup>26</sup> – ele é o responsável por tornar esses recursos disponíveis ao Concessionário.

No que diz respeito à disponibilização dos recursos para o concessionário, no arranjo adotado pela Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015, o Município tem dois papéis centrais: (i) assegurar que os fluxos da COSIP arrecadados pela distribuidora sejam regularmente transferidos do fundo especial para a conta vinculada sob responsabilidade do Agente Depositário<sup>27</sup>; e (ii) efetivar a reserva orçamentária anual e o empenho anual dos valores estimados para pagamento da Contrapartida durante toda a duração da Concessão, devendo assegurar ao Concessionário o acesso a tais documentos.

Sobre esse aspecto específico, é importante chamar atenção para o fato de que a COSIP não passará a ser uma receita do Concessionário de iluminação pública. Ela constituirá tão somente fluxo de recebíveis que confere previsibilidade sobre a origem dos recursos a serem utilizados para pagamento da Contrapartida. Em termos práticos, nessa configuração, mesmo que seja constituído o crédito da COSIP e eventualmente não adimplido, não será facultado ao Concessionário cobrar diretamente esses valores, já que ele não é o titular da receita.

Esse é o arranjo ordinário de circulação dos recursos; contudo, é necessário ainda comentar quais as alternativas disponíveis caso essa dinâmica não venha a se realizar. Esse seria o caso de uma arrecadação insuficiente de recursos da COSIP ou mesmo no contexto de impossibilidade de acessar tais receitas, seja pela revogação da cobrança da Contribuição no município, seja pela impossibilidade de destinação de parte das receitas arrecadadas para custeio de atividades abrangidas pelo escopo da PPP – a exemplo da expansão e melhoramentos da Rede de Iluminação Pública.

O arranjo proposto faz menção genericamente ao cenário em que em dado mês – período de faturamento – o volume arrecadado pela COSIP não seja suficiente para fazer frente à contrapartida, à remuneração do concessionário. Nesse caso, prevê o Contrato que o Concedente deve assegurar a disponibilização de recursos suficientes designando dotação orçamentária complementar ou alternativa e que tais recursos poderão transitar pela conta vinculada confiada ao Agente Depositário.

Nos termos atuais, no entanto, a estrutura apresentada não deixa claro como se dará a eventual transferência dos recursos empenhados para o Concessionário, mencionando apenas que poderá ocorrer através da conta vinculada. Em todo caso, essa estrutura poderia expor o investidor ao risco de ter que se valer dos instrumentos ordinários de recuperação de créditos contra o Estado, sabidamente demorados e ineficientes. O risco da insuficiência de recursos da COSIP em um dado mês e consequentemente a exposição ao risco de *default* por parte do município poderiam ser mitigados caso os recursos eventualmente arrecadados a maior em um dado mês fossem mantidos na conta vinculada para cobrir eventuais déficits de outros períodos de faturamento.

A administração desses riscos e o desenho apropriado de uma estrutura que ofereça as garantias robustas o suficiente para assegurar a

contrapartida devida pelo Poder Público é uma tarefa árdua. No caso específico dos serviços de iluminação pública, as modelagens ainda não foram efetivamente testadas. Nesse caso, além das dificuldades habituais envolvidas em se estruturar garantias eficazes que projetam o Concessionário de descumprimento de obrigação pelo Estado, dada a falta de escala de diversos municípios e a conseqüente necessidade de coordenação de esforços – notadamente via consórcios formados nos termos da Lei n.º 11.107/05 -, esses desafios tendem a ser potencializados. Se, por um lado, a coordenação de esforços privilegia o princípio da economicidade, que deve orientar as contratações públicas, por outro adiciona complexidades resultantes da coordenação dos entes políticos envolvidos. Assim, os desafios individualmente representados no caso da PPP de São Paulo são exacerbados nos consórcios públicos firmados para a outorga.

### C. CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE GESTÃO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA (CIGIP)

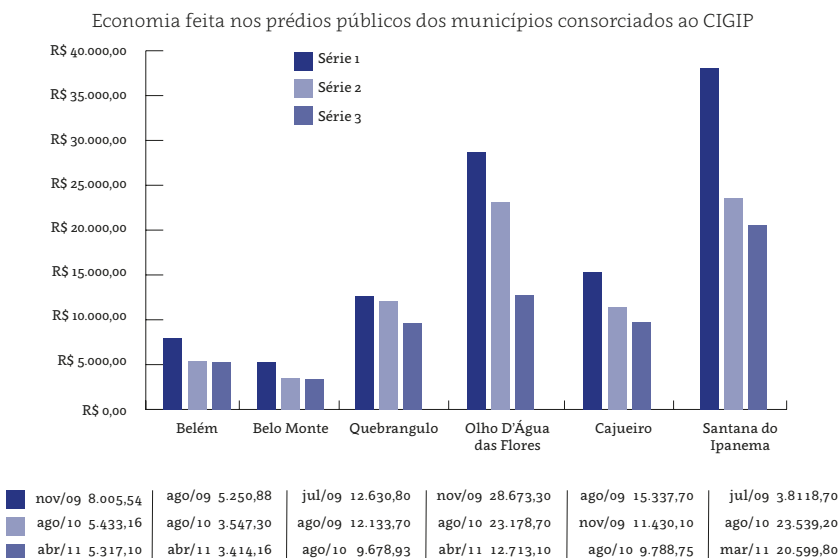
Dentre as alternativas utilizadas pelos Municípios para viabilizar a prestação do serviço de iluminação pública está a criação de consórcios públicos. Com fundamento na Lei 11.107 de 2005, os consórcios públicos consistem da união de dois ou mais entes federativos para a realização de objetivos de interesse comum.

O consórcio público é visto como uma boa forma de os municípios gerirem de maneira associativa a prestação do serviço de iluminação pública, buscando driblar, ao mesmo tempo, duas grandes deficiências apresentadas pelas municipalidades, quais sejam, técnica e financeira. Por meio do consórcio público, os municípios passam a gerir de forma associativa a prestação do serviço, possibilitando um ganho de economia em escala e, por conseguinte, uma diminuição nos custos. Além disso, em razão da gestão associativa, há um compartilhamento de expertise, de experiências e de conhecimentos, suprimindo em parte a deficiência técnica encontrada principalmente nos municípios de baixa expressividade.

Depois de estabelecido o consórcio, podem os municípios optar por prestar o serviço diretamente, ou delegar a empresa prestadora, opção bastante utilizada no caso do serviço de iluminação pública.

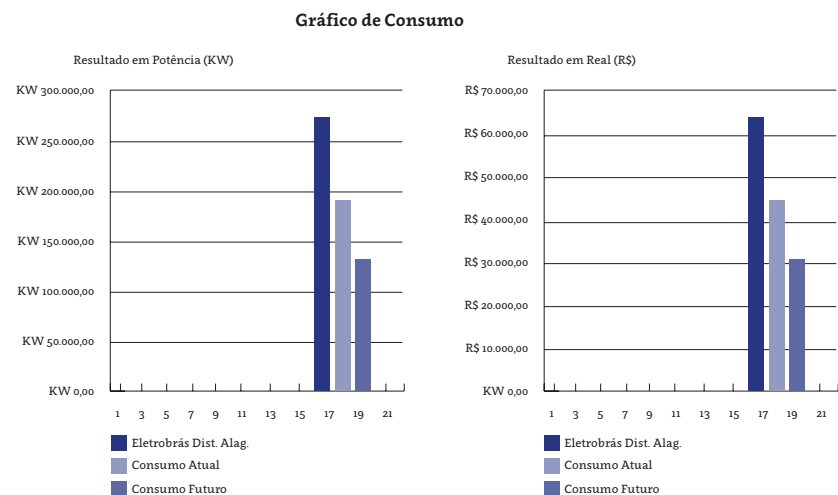
O primeiro consórcio público criado com a finalidade de gerir os ativos e prestar o serviço de iluminação pública foi o Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Iluminação Pública (CIGIP), criado em maio de 2007 e atualmente formado por 67 municípios no estado de Alagoas. A partir do consórcio dos municípios, verificaram-se expressivos ganhos de eficiência e diminuição dos custos na prestação do serviço, tornando-a menos onerosa em diversos aspectos para as municipalidades. As Figuras 2 e 3<sup>28</sup> ilustram os ganhos financeiros obtidos e projetados em relação aos prédios públicos e, de forma mais abrangente, os ganhos obtidos e projetados no município de Maragogi (também parte do consórcio):

FIGURA 2: ECONOMIA MENSURADA NOS PRÉDIOS PÚBLICOS DOS MUNICÍPIOS CONSORCIADOS AO CIGIP



Fonte Apresentação CIGIP – Superintendente Djalma Lira

FIGURA 3: CONSUMO DE ENERGIA PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE MARAGOGI



Fonte: Apresentação CIGIP – Superintendente Djalma Lira

Muito embora suspenso, o edital de licitação na modalidade concorrência incorpora previsões interessantes e que merecem nossa atenção. Primeiramente, o edital contempla como um de seus objetos a concessão

de serviço público de operação, gestão da energia e eficiência energética com embasamento ambiental. Assim, observa-se que o objetivo dos municípios não se limita tão somente à prestação do serviço de iluminação pública, mas também se almeja maior eficiência energética com foco na sustentabilidade, em consonância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666 de 1993<sup>29</sup>.

O objeto do contrato prevê ainda a redução do consumo médio de energia, inclusive no horário de pico; prevê a migração de todas as redes de iluminação pública para a tecnologia LED e ainda estipula que dentro de um prazo de 72 meses deverá a concessionária passar a utilizar apenas energia elétrica proveniente de fontes renováveis com geração local, não poluentes e com baixíssima emissão de gases de efeito estufa. Quanto ao uso de energia limpa, o edital de licitação supracitado não deixa claro se a própria concessionária atuará também como geradora da energia ou se esta será adquirida junto aos produtores locais. Parece-nos que isso foi deixado à escolha da concessionária, que poderá, caso deseje, instalar unidades de micro e mini geração solar ou eólica nas instalações dos prédios públicos das Administrações Municipais dos municípios consorciados ao CIGIP, em locais públicos cedidos ou em locais da própria concessionária.

Atualmente, observa-se que diversos outros municípios se guiaram pela alternativa do consórcio público. No estado de Minas Gerais, por exemplo, as municipalidades se consorciaram por regiões, dando origem a diversos consórcios como o Consórcio Intermunicipal do Médio Rio Doce (CIMDOCE), o Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba (CIDES) e o Consórcio Público Intermunicipal Multifinalitário da Microrregião do Circuito das Águas (CIMAG).

Muito embora o modelo de consórcio, tal qual o CIGIP e outros consórcios públicos, esteja se difundindo, destaca-se que este tipo de associação de municípios também apresenta riscos inerentes a serem administrados. Primeiramente, os municípios podem encontrar certas dificuldades no estabelecimento de negociações políticas sólidas o suficiente para garantir a estabilidade do consórcio por tempo prolongado. Ademais, é necessário que existam garantias efetivas por parte dos municípios de que cada um deles irá adimplir com a responsabilidade financeira pactuada. Neste aspecto salienta-se ainda que, no tocante à gestão dos ativos de iluminação pública, aqueles municípios que não tiverem ainda instituído a COSIP deverão fazê-lo antes de se consorciarem, ou garantir outros meios de custeio de sua parcela nas atribuições do consórcio, podendo gerar dificuldades ou morosidade para a sua viabilização. Transitariamente, alguns consórcios, como o CIGIP, têm aceitado o empenho de outros recursos orçamentários dos municípios, principalmente oriundos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM e do repasse do ICMS.

Neste sentido, no tocante à CIGIP, aspecto importante que não foi devidamente abordado no edital de licitação já mencionado trata-se justamente da forma de remuneração da concessionária vencedora. Há previsão no edital divulgado em 2014 de que a concessionária será remunerada

mediante o pagamento da Contraprestação Mensal Efetiva, bem como por outras fontes de receitas, nos termos do contrato (capítulo IV – 13.2). No entanto, não é definida no edital qual a origem dos recursos que serão utilizados para fazer frente à Contraprestação Mensal Efetiva (se a partir da arrecadação da COSIP pelos municípios consorciados, por exemplo) ou mesmo como ela será repassada à concessionária. Tampouco são previstas garantias do efetivo pagamento por parte do poder concedente pelos serviços contratados e prestados.

Desta forma, percebe-se que se aloca um risco muito grande à concessionária, que não tem garantias robustas quanto ao efetivo pagamento por seus serviços prestados. Diferentemente do caso previsto no contrato da Parceria Público-Privada de São Paulo, abordado no capítulo 3b, o CIGIP é integrado por 67 municípios de menor porte financeiro, que não apresentam a mesma capacidade do município de São Paulo quanto a um possível aporte de recursos para o pagamento da concessionária, no caso de o valor arrecadado com a COSIP não ser suficiente para cumprir as obrigações contratadas. Assim, percebe-se que ainda restam lacunas a serem sanadas quanto a este aspecto no edital de licitação de uma possível concessão do serviço de iluminação pública por parte do CIGIP.

#### **4. A COSIP NO CONTEXTO DO FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS MUNICIPAIS DE GESTÃO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA**

Historicamente, o custeio das atividades de iluminação pública é um gargalo para os municípios, tendo em vista principalmente a representatividade desses custos no orçamento municipal, sendo a segunda maior despesa de seus orçamentos, atrás apenas dos gastos com pessoal. No sistema jurídico brasileiro, os municípios dispõem essencialmente de duas opções de custeio da prestação desse serviço: i) através do empenho de receitas não-vinculadas do município; e ii) através da instituição e cobrança do tributo inserido na Constituição pela EC n.º 39/2009, a COSIP, cujos recursos arrecadados devem ser obrigatoriamente direcionados para o custeio dos serviços de iluminação pública<sup>30</sup>.

Como é da natureza dos tributos, no entanto, a sua previsão constitucional não impõe ao município que seja instituída a COSIP para custeio dos serviços de iluminação pública; essa decisão fica no âmbito da discricionariedade política do município. Não é certo o número de municípios que efetivamente instituíram a COSIP. Nos modelos analisados em que a prestação do serviço é atribuída a terceiros – seja tal atribuição por um município isolado ou em consórcio – a COSIP tem sido proposta como a fonte de receitas para garantir a contrapartida pública para o concessionário. No entanto, há uma série de desafios a serem vencidos de forma que esses recursos representem realmente um fluxo de recebíveis estável e seguro o suficiente para viabilizar a atribuição dos serviços a um agente privado.

Sob a ótica do concessionário, alguns pontos sobre a utilização da COSIP como contrapartida podem ser percebidos como riscos. Um



primeiro aspecto diz respeito ao volume das receitas arrecadadas, sob duas perspectivas: (i) vertical, ou de volume arrecadado em um determinado ciclo de faturamento; e (ii) horizontal, notadamente o risco de a COSIP ser extinta como fonte de arrecadação ou de não ser possível a utilização das receitas arrecadas para o custeio de determinadas atividades abrangidas na concessão.

Em relação ao risco “vertical”, de o volume de os recursos da COSIP arrecadados em um dado período de faturamento não ser suficiente para fazer frente à contrapartida devida ao concessionário de iluminação pública, três questões assumem especial relevância. Em primeiro lugar, caso as receitas da COSIP sejam a fonte primária de pagamento da contrapartida do concessionário, é importante que a estrutura da PPP deixe claro quem arcará com o risco de volume dessas receitas, se o Concessionário ou o Concedente. Tendo em vista os comentários feitos na Seção 3.b, notadamente que, pelo arranjo apresentado, o Concessionário não tem ingerência (ou, em último caso, direito de pleitear) sobre a cobrança desses recursos, a alocação de todo o risco para o investidor pode levar a uma percepção potencializada de risco. Em outros arranjos, no entanto, é necessário que as garantias oferecidas para cobrir eventual risco da insuficiência dos recursos arrecadados pela COSIP estejam bem delineadas e tenham liquidez suficiente para efetivamente garantir a contrapartida devida. Essa tarefa raramente é trivial. Como observado no caso da PPP de São Paulo, a garantia oferecida pelo Município para cobrir o risco de volume foi uma previsão genérica de empenho de recursos da municipalidade; caso não adimplido o pagamento pelo município, o investidor ficaria exposto aos instrumentos tradicionais de satisfação de créditos contra a Administração Pública, reconhecidamente custosos e pouco eficientes.

Em outra dimensão, que está sendo referida aqui como “horizontal”, considerando a longa duração da concessão – em média 20 anos nos casos analisados – e a natureza tributária da COSIP, não há como o concessionário assegurar que durante toda a concessão este tributo esteja validamente instituído e sendo cobrado pelo município (seja diretamente, seja por meio da distribuidora). Por ser um tributo, seguidas as regras de constitucionalidade, legalidade e anterioridade, tanto sua instituição quanto extinção estão no âmbito da discricionariedade política do ente tributante – no caso o município. Assim, a título ilustrativo, o concessionário fica exposto ao risco de que em um cenário de mudança de governo opte-se por revogar a cobrança da COSIP no município, causando a extinção das verbas advindas da mesma. Ainda que o concessionário conte com proteções contratuais no caso de inadimplemento do poder público, o *enforcement* dessas previsões negociais poderá se mostrar reduzido em um cenário de escassez de receitas orçamentárias (ou de qualquer outra origem) que permitam fazer frente às obrigações municipais contratualmente ajustadas com o concessionário de iluminação pública.

Além do risco de eventual revogação do tributo por parte do município, no que diz respeito à aplicação dos recursos da COSIP, pendem de julgamento no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de aplicação dos

recursos da COSIP para expansão e melhoramento – inclusive no que diz respeito a investimentos para eficiência energética – do sistema de iluminação pública do município. A matéria está em discussão no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 666.404. Como foi reconhecida a repercussão geral da matéria, o posicionamento do STF terá impactos relevantes sobre o entendimento que será adotado nas Cortes Estaduais do país.

Sob o arranjo de um consórcio, como analisado no item 3.c esses problemas são potencializados, tendo em vista a multiplicidade de agentes envolvidos. De acordo com as experiências pesquisadas, os consórcios têm adotado algumas medidas no sentido de mitigar esses riscos. A primeira delas, premissa dessa discussão, é a instituição legalmente válida da COSIP nos municípios consorciados. Além disso, para aqueles municípios que já cobram a contribuição, é feita uma análise do passado da arrecadação da COSIP no município e confrontado com a fatura de iluminação pública até então cobrada, na tentativa de avaliar a solvência do município nesse tocante. No entanto, em um eventual cenário de *default* por parte de qualquer dos consorciados, não parece claro quais são as garantias que poderiam ser acessadas pelo concessionário para cobrir o saldo devedor.

## 5. CONCLUSÕES

A iluminação pública constitui um segmento importante do consumo de energia elétrica no Brasil, representando, junto com os prédios públicos, 6,1% do consumo total de energia no país. Ademais, a provisão adequada dos serviços de iluminação pública produz benefícios externos ou externalidades como segurança pública, ao ordenamento do tráfego de veículos e ao aproveitamento noturno de espaços públicos.

Com a determinação da ANEEL de que os ativos de iluminação pública que porventura se encontrassem na base de ativos das distribuidoras locais fossem integralmente transferidos para o município titular do serviço até o dia 31 de dezembro de 2014<sup>31</sup>, os municípios estão tendo que lidar com uma nova realidade, a de gerir diretamente os ativos de iluminação pública ou de contratar com terceiros essa gestão. Essa obrigação representará um custo adicional aos orçamentos locais, estimado em 30% a mais do que o valor atual da conta de energia.

Para fazer frente a essa nova realidade, os municípios têm adotado arranjos diferentes para gerir os ativos transferidos. Foram observadas especialmente a adoção de três possibilidades: a gestão direta pelo poder público ou sua contratação mediante licitação para a contratação de serviço de manutenção, a adoção de Parcerias Público-Privadas (PPP) ou a reunião de municípios por meio de Consórcios Públicos.

Esse artigo apresentou a análise desses três modelos a partir de estudos de caso. Observou-se ter havido uma migração de um “serviço público de iluminação pública” para o que vem sendo denominado de “Serviços de Gestão de Energia e Eficiência Energética”. Assim, a gestão do serviço de iluminação pública passou a englobar não meramente a prestação

de um serviço público e sua manutenção, mas também diversos investimentos visando à modernização deste serviço, para torna-lo inteligente e ambientalmente sustentável. Assim, os compromissos assumidos pelo concessionário usualmente envolvem o atingimento de metas relacionadas à redução do consumo – em horário de ponta e fora de ponta – normalmente viabilizada por ações de eficiência energética (a exemplo da troca das lâmpadas existentes por lâmpadas de LED) e em alguns casos a garantia de que em um determinado prazo o consumo de energia se dê apenas a partir de fontes renováveis.

Um aspecto que é transversal a todos os modelos estudados diz respeito à financiabilidade do provimento dos serviços de iluminação pública. Apesar de os municípios terem autorização constitucional para instituir a COSIP (art. 149-A da CF) como forma de custear o serviço de iluminação pública, alguns deles ainda não estabeleceram a contribuição. Além disso, mesmo para os municípios que já a instituíram, subjazem ainda algumas incertezas quanto à possibilidade de aplicação dos recursos arrecadados para determinadas atividades. Em outros termos, apesar de a Constituição determinar que a cobrança possa ser utilizada para “custeio dos serviços de iluminação pública”, a legislação federal não prevê quais rubricas poderiam ser cobertas ou não com recursos da COSIP. Essa lacuna levou à disputa que ainda pendente de resultado no STF no RE n.º 666.404.

Além disso, nos casos em que o município opta pela delegação do serviço – ou, mesmo, de parte dele, a exemplo dos que optaram por estruturar PPP's apenas para as ações de eficiência energética -, a retenção (ou o *lock-in*) de receitas da COSIP como forma de garantir o adimplemento da contraprestação devida pelo Concedente tem apresentado desafios diversos, relacionados tanto ao volume de receitas arrecadas, quanto à garantia de que a Contribuição permanecerá vigente durante toda a duração da concessão. Além disso, pela natureza jurídica da COSIP, há sempre uma triangulação necessária nos recursos, qual seja: i) contribuinte (normalmente consumidor de EE); ii) poder tributante e titular da arrecadação (Município); e iii) Poder Concedente (que tem um crédito em desfavor do Município – Poder Concedente). Por essa razão, o Concessionário não tem meios de cobrar diretamente a COSIP.

Por ora, o impacto real dessas questões ainda precisa ser mensurado e só poderá ser melhor observado com a atribuição efetiva desses serviços e acompanhamento i) do desenvolvimento das relações estabelecidas entre o Poder Público e o prestador do serviço (seja ele concessionário ou não) e eventuais renegociações de contrato e disputas que venham a surgir; ii) da qualidade do serviço disponibilizado; e iii) dos resultados obtidos pelas ações de eficiência energética agregadas ao escopo do serviço de iluminação pública.

## >> NOTAS

- <sup>1</sup> Art. 218 da Resolução Normativa n.º 414/2010
- <sup>2</sup> Com o art. 149-A da Constituição Federal de 1988, o legislador nacional atribuiu a competência aos municípios de instituir um tributo para o custeio da iluminação pública
- <sup>3</sup> PACHECO, Luiz Felipe Lacerda. Questões relevantes sobre a iluminação pública no Brasil. *Revista de Administração Municipal*, ano 57, n.º 278, outubro/novembro/dezembro de 2011, p. 49.
- <sup>4</sup> Art. 218 da Resolução Normativa n.º 414/2010 ANEEL
- <sup>5</sup> A possibilidade de utilização de recursos da COSIP para custeio de manutenção e expansão da rede de iluminação pública está sendo contestada no STF com repercussão geral e ulterior efeito vinculante (RE 666.404).
- <sup>6</sup> Art. 2.º, XXXIX da Resolução Normativa ANEEL n.º 414 de 2010 (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)
- <sup>7</sup> Art. 5.º, §6º da Resolução Normativa ANEEL n.º 414 de 2010.
- <sup>8</sup> Art. 2.º, XLIV da Resolução Normativa ANEEL n.º 414 de 2010 (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)
- <sup>9</sup> Art. 2.º, XXXVIII da Resolução Normativa ANEEL n.º 414 de 2010 (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)
- <sup>10</sup> Art. 218 da Resolução Normativa ANEEL n.º 414 de 2010 (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)
- <sup>11</sup> Por exemplo, a decisão proferida no processo n.º 5624-93.2014.4.01.3809, da Subseção Judiciária de Varginha
- <sup>12</sup> Segundo projeção feita pela Associação Mineira de Municípios, pela Confederação Nacional dos Municípios e pela CEMIG, a transferência dos ativos para os Municípios implicará um aumento de cerca de 30% no orçamento dos municípios.  
<[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/contribuicao/amm\\_ap049\\_2011art218.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/contribuicao/amm_ap049_2011art218.pdf)>. Último acesso em 23/07/2015.
- <sup>13</sup> A classe poder público também foi incluída uma vez que ela também é custeada por verbas municipais, impactando, desta forma, no orçamento dos municípios. Segundo a Resolução n.º 414 de 2010 da ANEEL "a classe poder público, independente da atividade a ser desenvolvida, caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora solicitado por pessoa jurídica de direito público que assumam as responsabilidades inerentes à condição de consumidor, incluindo a iluminação em rodovias e semáforos, radares e câmeras de monitoramento de trânsito, exceto aqueles classificáveis como serviço público de irrigação rural, escola agrotécnica, iluminação pública e serviço público, considerando-se as seguintes subclasses: I - poder público federal; II - poder público estadual ou distrital; e III - poder público municipal" (Art. 5º § 5º).
- <sup>14</sup> ANEEL. [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output\\_Noticias.cfm?Identidade=8520&id\\_area](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8520&id_area). Último acesso 23/07/2015.
- <sup>15</sup> Art. 7º da Lei Municipal n.º 5.132, de 17/12/2009 - O montante arrecadado da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública será destinado ao Fundo Especial de Iluminação Pública, ora instituído, vinculado exclusivamente ao custeio do serviço de iluminação pública, tal como definido no parágrafo único do art. 1º desta Lei. Parágrafo único. O Fundo Especial de Iluminação Pública fica vinculado à Secretaria Municipal de Obras e Conservação.
- <sup>16</sup> Art. 1º da Lei Municipal n.º 5.132, de 17/12/2009 - Fica instituída a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública, com a finalidade de custear o serviço de iluminação pública do Município. Parágrafo único. O serviço previsto no caput compreende a iluminação de vias, logradouros e demais bens de uso comum do povo, e a instalação, a manutenção e o melhoramento da rede de iluminação pública.

- <sup>17</sup> Segundo consta no Relatório da CAD - Prestação das Contas de Gestão de 2012 “em relação à despesa com manutenção do grupo gerador instalado na Gávea Pequena, entende-se que a referida residência não se enquadra na categoria de bens de uso comum do povo, logo, o serviço descrito acima não poderia ter sido custeado com recursos do FEIP”. < <http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10599/ParecerCAD.pdf>>
- <sup>18</sup> Prestação de Contas da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro Exercício de 2014 - Processo nº: 40/001.978/2015 < <http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/11475/RelatorioVotoProjetoParecer.pdf> >
- <sup>19</sup> Riolutz < [http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/pdf/Iluminacao\\_e\\_Tecnologias/Equipamentos\\_de\\_Iluminacao\\_Publica.pdf](http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/pdf/Iluminacao_e_Tecnologias/Equipamentos_de_Iluminacao_Publica.pdf)>
- <sup>20</sup> Além de São Paulo, outros municípios também atribuíram a um agente privado a gestão do sistema de iluminação pública, por meio de uma PPP. O último município que se tem notícia de ter aderido a esta alternativa é Caraguatatuba, também no estado de São Paulo. O município de Caraguatatuba já havia tentado licitar uma PPP em 2012, mas a licitação foi revogada pela Prefeitura. Posteriormente, houve nova licitação para a concessão administrativa envolvendo a elaboração de projeto, implantação, expansão, modernização, operação e manutenção das instalações de iluminação pública de Caraguatatuba. O Consórcio Luz foi o vencedor, firmando contrato de 13 anos com valor de cerca de R\$ 198 milhões.  
<<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/caraguatatuba-celebra-contrato-de-ppp-de-ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica>>
- <sup>21</sup> Chamamento Público 01/2013-SES SP  
<[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/chamamento-publico-ip\\_1382104860.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/chamamento-publico-ip_1382104860.pdf)>
- <sup>22</sup> Concorrência internacional nº 01/SES/2015  
<[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/edital\\_de\\_licitacao\\_1429741628.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/edital_de_licitacao_1429741628.pdf)>
- <sup>23</sup> Art. 6º A concessionária de energia elétrica é responsável pela cobrança e recolhimento da Contribuição, devendo transferir o montante arrecadado para a conta do Tesouro Municipal especialmente designada para tal fim, sob pena de responder civil e criminalmente pelo não cumprimento do aqui disposto. § 1º A eficácia do disposto no “caput” deste artigo fica condicionada ao estabelecimento de convênio a ser firmado entre a Prefeitura Municipal e a concessionária de energia elétrica, respeitadas, no que couber, as determinações da ANEEL § 2º O convênio definido no parágrafo 1º deste artigo será celebrado no prazo máximo de 90 (noventa) dias e disporá sobre a forma e operacionalização da cobrança a que se refere o “caput”.
- <sup>24</sup> Art. 8º O montante arrecadado pela Contribuição será destinado a um Fundo especial, vinculado exclusivamente ao custeio do serviço de iluminação pública, tal como definido no parágrafo único do artigo 1º desta lei, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias. Parágrafo único. O Poder Executivo fica obrigado a encaminhar à Câmara Municipal de São Paulo programa de gastos e investimentos e balancete anual do Fundo Especial a ser criado para custear o serviço de iluminação pública.
- <sup>25</sup> Não há um entendimento uníssono sobre a alocação de riscos no caso específico da COSIP. No entanto, quando da instituição das primeiras legislações municipais atribuindo às distribuidoras a função de cobrar a COSIP na conta de luz, os debates foram encaminhados no sentido de que a relação estabelecida entre a distribuidora e o Município não é contratual, de uma prestação de serviço, mas sim de responsabilidade tributária – nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional. Apesar de não haver um pronunciamento específico ainda sobre o caso da COSIP, no caso do ICMS nas faturas de energia elétrica – para o qual a distribuidora também ocupa a posição de responsável tributária – o STJ (ex. Ver RMS n.º 17.947-SE) já se manifestou no sentido de que a distribuidora deve suportar o risco da inadimplência e, portanto,

realizar o repasse ao ente tributante (naquele caso, o Estado) ICMS devido mesmo para aquelas faturas que não foram pagas. No caso específico do município de São Paulo, a Lei n.º 13.479/02, que instituiu a COSIP, não deixa claro qual será o risco assumido pela distribuidora em relação ao pagamento da Contribuição de faturas não adimplidas, mencionando tão somente que “a concessionária deverá manter cadastro atualizado dos contribuintes que deixarem de efetuar o recolhimento da Contribuição, fornecendo os dados constantes naquele para a autoridade administrativa competente pela administração da Contribuição.”

<sup>26</sup> O STF tem entendimento consolidado no sentido de que é inconstitucional a destinação jurídica de receitas tributárias a pessoas jurídicas de direito privado. Ver, a título exemplificativo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS. NATUREZA JURÍDICA: TAXA. DESTINAÇÃO DE PARTE DO PRODUTO DE SUA ARRECADAÇÃO A ENTIDADE DE CLASSE: CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS: INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 5,672, de 1992, do Estado da Paraíba. I. - As custas, a taxa judiciária e os emolumentos constituem espécie tributária, são taxas, segundo a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STF. II. - A Constituição, art. 167, IV, não se refere a tributos, mas a impostos. Sua inaplicabilidade às taxas. III. - Impossibilidade da destinação do produto da arrecadação, ou de parte deste, a instituições privadas, entidades de classe e Caixa de Assistência dos Advogados. Permiti-lo, importaria ofensa ao princípio da igualdade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 1145, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2002, DJ 08-11-2002 PP-00020 EMENT VOL-02090-01 PP-00214 RTJ VOL-00191-02 PP-00421)

<sup>27</sup> Cláusula 17.4.2 do Anexo II do Edital da PPP de São Paulo submetido a Consulta Pública: 17.4.2. O PODER CONCEDENTE também deverá assegurar que a distribuidora local de energia elétrica direcione para a conta vinculada de que trata a subcláusula 17.4. e o ANEXO III – MINUTA DE CONTRATO DE CONTA VINCULADA, os valores arrecadados com a COSIP, durante todo o prazo de vigência deste CONTRATO, nos termos da Lei Municipal n.º 13.479/02.

<sup>28</sup> CIGIP <[http://fne.org.br/pages/fne/files/pdf/apresentacao\\_7\\_-\\_djalma\\_lira.pdf](http://fne.org.br/pages/fne/files/pdf/apresentacao_7_-_djalma_lira.pdf)> Último acesso 23/07/2015.

<sup>29</sup> Art. 30 da Lei 8.666/93 - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei n.º 12.349, de 2010). Grifos nossos.

<sup>30</sup> Foge ao escopo do presente trabalho uma análise pormenorizada do histórico que precede a criação da COSIP. No entanto, é importante mencionar que a inserção constitucional desse tributo se deu após sucessivas controvérsias envolvendo a cobrança de taxas pelos municípios pela disponibilização do serviço público de iluminação pública. A jurisprudência se firmou no sentido de que a cobrança por meio de taxa é inconstitucional, tendo em vista que não se trata de um serviço público específico e divisível, como estabelece o art. 145, II da CF/88.

<sup>31</sup> Art. 218 da Resolução Normativa n.º 414/2010

## REFERÊNCIAS

- ANEEL**, Resolução Normativa n.º 414/2010 – Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>
- ANEEL**, Manifesto dos Municípios Mineiros Audiência pública n. 049/2011 da ANEEL - Disponível em <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/contribuicao/amm\\_apo49\\_2011art218.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/contribuicao/amm_apo49_2011art218.pdf)>
- ANEEL**, Balanço da transferência de ativos de iluminação pública - Disponível em <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output\\_Noticias.cfm?Identidade=8520&id\\_area](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8520&id_area)>
- BRASIL** - Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 - Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>
- BRASIL** - Constituição Federal de 1988 - Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- BRASIL**, Lei Municipal n.º 5.132 de 17/12/2009 - Disponível em <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/50ad008247b8f030032579ea0073d588/f234bc21af78e679032576b20057559f?OpenDocument>>
- CIGIP** - Disponível em <[http://fne.org.br/pages/fne/files/pdf/apresentacao\\_7\\_-\\_djalma\\_lira.pdf](http://fne.org.br/pages/fne/files/pdf/apresentacao_7_-_djalma_lira.pdf)>
- PACHECO, Luiz Felipe Lacerda**. Questões relevantes sobre a iluminação pública no Brasil. *Revista de Administração Municipal*, ano 57, n.º 278, outubro/novembro/dezembro de 2011, p. 49.
- PPP BRASIL**, Caraguatatuba celebra contrato de PPP de iluminação pública - Disponível em <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/caraguatatuba-celebra-contrato-de-ppp-de-ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica>>
- PREFEITURA DE SÃO PAULO** - Chamamento Público 01/2013-SES SP- Disponível em <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/chamamento-publico-ip\\_1382104860.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/chamamento-publico-ip_1382104860.pdf)>
- PREFEITURA DE SÃO PAULO** - Concorrência internacional n.º 01/SES/2015 - Disponível em <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/edital\\_de\\_licitaco\\_1429741628.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/edital_de_licitaco_1429741628.pdf)>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** - RE 666404 Repercussão Geral, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 28/11/2013, Acórdão eletrônico DJe-032 Divulgação 14-02-2014 Publicação 17-02-2014 - Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5277807>>
- TRIBUNAL DE CONTAS MUNICIPAL** - RJ, Relatório da CAD - Prestação das Contas de Gestão de 2012 - Disponível em <<http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10599/ParecerCAD.pdf>>
- TRIBUNAL DE CONTAS MUNICIPAL** - RJ, Prestação de Contas da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro Exercício de 2014 - Processo n.º: 40/001.978/2015 - Disponível em <<http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/11475/RelatorioVotoProjetoParecer.pdf>>
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região** - Processo n.º 5624-93.2014.4.01.3809 - Disponível em <<http://processual.trf1.gov.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=VGA>>
- INMETRO** - Disponível em <[http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/pdf/Iluminacao\\_e\\_Tecnologias/Equipamentos\\_de\\_Iluminacao\\_Publica.pdf](http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/pdf/Iluminacao_e_Tecnologias/Equipamentos_de_Iluminacao_Publica.pdf)>









Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.  
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.2 (mai./ago. 2016) –  
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,  
Faculdade de Direito.

CDU 340





