

DIREITO.UnB

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

V. **01**, N. **02**

julho–dezembro de 2014

ARTIGOS // ARTICLES

JÜRGEN HABERMAS, INEZ LOPES, FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA, MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO & MARIA FRANCISCA CARNEIRO, MARIA CANDIDA CARVALHO MONTEIRO DE ALMEIDA, RAMÓN NEGOCIO

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES AND COMMENTARIES

DEBORA DINIZ, INGO WOLFGANG SARLET

RESENHAS // BOOK REVIEWS

MATHEUS BARRA, NATHALY MANCILLA ÓRDENES



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

julho – dezembro de 2014, volume 1, número 2

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Marcelo Neves Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Alexandre Veronese Universidade de Brasília, Brasil

George Rodrigo Bandeira Galindo Universidade de Brasília, Brasil

Juliano Zaiden Benvindo 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

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Carina Calabria

ASSESSORES EXECUTIVOS

Gabriel Rezende de Souza Pinto; José Nunes de Cerqueira Neto;

Matheus Barra de Souza; Nathaly Mancilla Órdenes

EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO

Ana Carolina Couto, Bethânia I. A. Arifa, Eduardo Borges Araújo,

Fabrizio Noronha, Karina Ibarra Ávila, Luciana Silva Garcia,

Maria Celina Gordilho, Nara Vilas Boas Bueno, Paulo Soares Sampaio,

Raquel Negreiros Lima

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

André Maya Monteiro

Esteban Pinilla

DIREITO.UnB

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

V. **01**, N. **02**

julho – dezembro de 2014

DIREITO.UnB

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

V. **01**, N. **02**

julho–dezembro de 2014

NOTA EDITORIAL // EDITORIAL	06–09
ARTIGOS // ARTICLES	10–159
NO TURBILHÃO DA TECNOCRACIA: UM APELO POR SOLIDARIEDADE EUROPEIA // IM SOG DER TECHNOKRATIE: EIN PLÄDOYER FÜR EUROPÄISCHE SOLIDARITÄT Jürgen Habermas	11–32
ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: ACESSO AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO? // DISPUTE SETTLEMENT BODY OF THE WTO: ACCESS TO DEVELOPING COUNTRIES? Inez Lopes	33–66
COMO SE FAZ UM ADVOGADO NO BRASIL E NA FRANÇA: UM BREVE ENSAIO COMPARATIVO E CRÍTICO // HOW TO PRODUCE A LAWYER IN BRAZIL AND IN FRANCE: A BRIEF COMPARATIVE AND CRITICAL ESSAY Fernando de Castro Fontainha	67–86
OS SABORES DO DIREITO UMA CONJETURA LIVRE SOBRE O PALADAR DA JURIDICIDADE <i>(« MENU DÉGUSTATION EN QUATRE SERVICES »)</i> // WHAT LAW TASTES LIKE A FREE CONJECTURE ON THE PALATE OF JURIDICITY <i>(« MENU DÉGUSTATION EN QUATRE SERVICES »)</i> Marcílio Toscano Franca Filho & Maria Francisca Carneiro	87–108
ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO E A LEI DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO //EXPORT PROCESSING ZONES AND THE LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION Maria Candida Carvalho Monteiro de Almeida	109–132
LEX SPORTIVA: DA EFICÁCIA JURÍDICA AOS PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONAIS // <i>LEX SPORTIVA</i> : FROM LEGAL EFFICACY TO TRANSCONSTITUTIONAL PROBLEMS Ramón Negocio	133–159
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES & COMMENTARIES	160–201
A ARQUITETURA DE UMA AÇÃO EM TRÊS ATOS – ANENCEFALIA NO STF // THE ARCHITECTURE OF A CONSTITUTIONAL CASE IN THREE ACTS – ANENCEPHALY AT THE BRAZILIAN SUPREME COURT Debora Diniz	161–183

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À VIDA – COMENTÁRIOS À DECISÃO NA ADPF Nº 54 SOBRE A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA FETAL	184–201
<i>// THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE RIGHT TO LIFE – COMMENTARIES TO THE COURT’S DECISION ON ADPF 54, REGARDING PREGNANCY INTERRUPTION IN CASES OF FETAL ANENCEPHALY</i>	
Ingo Wolfgang Sarlet	
RESENHAS // BOOK REVIEWS	202–213
<i>COMO DECIDEM AS CORTES?</i>	203–207
<i>// [HOW DO COURTS DECIDE?]</i>	
Matheus Barra	
<i>EL CONSTITUCIONALISMO DEL MIEDO. PROPIEDAD, BIEN COMÚN Y PODER CONSTITUYENTE.</i>	208–213
<i>// [CONSTITUTIONALISM OF FEAR: PROPERTY, COMMON GOOD AND CONSTITUENT POWER]</i>	
Nathaly Mancilla Órdenes	

NOTA EDITORIAL
// EDITORIAL

DIREITO.UnB, seguindo a trilha traçada em sua edição inicial, constitui, neste seu segundo número, um espaço de estudo, discussão e reflexão em que os problemas jurídicos são abordados desde as disciplinas e óticas as mais diversas.

Nesta ocasião, três autores foram convidados. Como artigo de abertura, Jürgen Habermas põe à disposição o agudo “No turbilhão da tecnocracia: um apelo por solidariedade europeia (Im sog der Technokratie: ein Plädoyer für europäische Solidarität)”, que faz parte do livro “Im sog der Technokratie”, publicado no ano de 2013 pela editora Suhrkamp e disponibilizado pela primeira vez em uma língua diferente do alemão. O autor apresenta uma detalhada análise histórico-estrutural da crise europeia. Parte da identificação de um paradoxo na forma de legitimidade da União Europeia para com seus cidadãos, baseada nos resultados e não em uma afirmação de uma vontade política em comum. Esse paradoxo sustentado pela estrutura jurídica da União decanta-se em um desacoplamento da política nacional e uma possível política europeia.

Nessas condições, Habermas argui que as instituições que até agora têm tido em suas mãos o peso das ações – e soluções – no difícil momento europeu carecem de motivação e poder para conduzir os imperativos do capital, tentando superar o abismo criado entre o que é economicamente necessário e aquilo politicamente possível por meio de um caminho tecnocrático, que se revela insuficiente para salvar as diferenças econômicas e sociais acentuadas pela crise. Propõe como alternativa a orientação no sentido de uma solidariedade europeia, reconstruída histórico-conceitualmente como um interesse comum na integridade de uma forma de vida política compartilhada. Possibilitando gerar um crescimento da Zona do Euro como um todo, a República Federal de Alemanha – sendo uma das principais nações beneficiadas pela crise – teria que aceitar, no curto prazo, efeitos distributivos de caráter negativo no que diz respeito a seu autointeresse, precisamente em nome dessa solidariedade.

Marcilio Tosca Franca Filho e Maria Francisca Carneiro oferecem-nos o inovador “Os Sabores do Direito”, de forma inventiva, baseados no provocador ensaio da autora americana Susan Sontag, intitulado “Against Interpretation”. Os autores desenvolvem a relação existente entre gastronomia e cultura, para depois aproximá-los ao direito. O leitor é estimulado a refletir sobre o panorama atual da epistemologia jurídica através de uma análise que inclui comparações tais como a da fabricação do vinho e suas diferentes etapas com a produção de teses, dissertações e artigos acadêmicos, em que, assim como no processo de vinificação, é indispensável não só uma coleta dos elementos necessários para a produção do conhecimento jurídico, mas também uma depuração dos mesmos.

Foram aprovados, por *peer/blind review*, quatro artigos, de um total de 30 submissões.

Ramón Negocio apresenta o trabalho “Lex Sportiva: da Eficácia Jurídica aos Problemas Transconstitucionais”. O artigo plantea uma análise estrutural da *lex sportiva* sob a perspectiva transconstitucionalista, apontando a existência de um movimento duplo no fenômeno de integração do direito diante de problemas jurídicos sem territorialidade. Assim, ao

mesmo tempo que, mediante uma conceituação do direito à igualdade e uma ressignificação de princípios do direito internacional referidos aos direitos humanos, a *lex sportiva* tem-se afirmado como autônoma perante a complexa rede que compõe a atual estrutura desportiva, a qual (por existir diversos interesses nas competições) caracteriza-se por exercer um forte controle sobre seus atores. O autor mostra como a ordem supranacional europeia lhe impõe um aprendizado constitucional. Contudo, a ordem desportiva não perde o reconhecimento da validade de suas decisões e seus julgamentos, considerando que a Corte Europeia tem-se autolimitado diante de assuntos que são considerados exclusivamente desportivos. Da mesma forma acontece na citação mútua entre as ordens. De acordo com o autor, nesse movimento duplo, manifesta-se um entrelaçamento que constitui possibilidades de reconhecimento de alteridade entre as ordens envolvidas.

Maria Cândida Carvalho Monteiro de Almeida contribui com o “Zonas de Processamento de Exportação e a Lei da Organização Mundial do Comércio”, refletindo sobre a compatibilidade das Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs) com as normas da Organização Mundial de Comércio (OMC). A autora afirma que uma das características comuns a quase todas as ZPEs é a inserção de tributos incidentes sobre a importação de bens, que nos termos do Art. 3.1(a) do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (SMC), constitui um subsídio à exportação proibido. Aliás, sobre essa proibição, que traz uma incoerência patente, ainda não se apresentou um litígio perante a OMC, pois não atende aos interesses da maioria dos países suscitar uma controvérsia toda vez que essa proibição não é aplicada, porque a inserção faz parte de um esquema de *drawback* adotado no contexto de uma política nacional de caráter geral.

No artigo intitulado “Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: acesso aos Países em Desenvolvimento?”, Inez Lopes analisa quantitativa e qualitativamente o acesso à jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial de Comércio (OMC) por parte dos Estados-membros. Com esse horizonte, a autora deixa ver a desigualdade existente entre os benefícios obtidos pelos países desenvolvidos e os países em desenvolvimento de renda alta, perante aqueles países não desenvolvidos na utilização do mecanismo. A autora argumenta que, embora o OSC seja uma importante instância na manutenção do sistema multilateral do comércio ao nível global, e o acesso dos países menos desenvolvidos seja um avanço a esse respeito, consiste também em uma negação da plena eficiência do sistema.

O Cientista Político Fernando Fontainha nos propõe, de forma crítica, um ensaio comparativo entre o processo de produção de advogados na França e no Brasil. Através da consideração das diferentes realidades sociais, expõe os contrastes entre ambos os países, trazendo à luz diferenças tais como a indiferenciação de papéis na formação jurídica brasileira, e elucida como as nossas Faculdades de Direito estão incapacitadas para cumprir com as expectativas de formar *ultraprofissionais* capazes de exercer todas as profissões jurídicas, por não possuir as ferramentas necessárias para essa missão.

Na sessão de comentários e análise de jurisprudência deste número, convidamos dois destacados pesquisadores para discutir a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADFP) n. 54/2004 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. Débora Diniz, mediante a análise nomeada “A Arquitetura de uma Ação em três Atos – Anencefalia no STF”, retrata minuciosamente o debate que acompanhou a decisão da ADFP n. 54/2004. Reconstruindo de forma impecável o rumo político e argumentativo da citada ADFP –de modo similar ao acontecido no teatro grego – a autora denomina os três atos históricos que permitiram uma decisão favorável à interrupção da gestação por anencefalia do feto: murmúrio, anúncio e espetáculo. Traz à luz – de modo quase arqueológico – a decisão do Juiz Jurandir Rodrigues Brito, pronunciada no município de Ariquemes, do Estado de Rondônia, no ano 1989. Com a finalidade de mostrar como na história desta ação judicial (e em todas) existe uma sequência de rupturas e continuidades que marcam o curso da ação, as quais podem ser indicadas no caso concreto como resultado de dinâmicas acadêmicas, jurídicas e políticas que, embora diferentes, desdobraram-se de forma coordenada. Ingo Sarlet, por sua vez, procura situar a decisão do STF no contexto do direito à vida em suas relações com outros direitos e princípios fundamentais, centrando a análise no desenvolvimento do mencionado direito e a problemática jurídico-constitucional de sua proteção. Assim, faz uma crítica tanto ao – no seu ponto de vista – desatendimento de elementos oriundos de áreas do conhecimento diferentes do direito, embora tenham sido apresentados nos votos, quanto aos jogos de palavras desenvolvidos pelos ministros do STF ao considerarem que, nos casos de anencefalia, não se trataria propriamente de um abortamento, mas de uma antecipação terapêutica do parto. O autor põe em relevo a necessidade de que seja examinada a existência de uma justificação constitucionalmente sólida para, em caráter excepcional, admitir a interrupção da gravidez.

Finalmente, na sessão de resenha, são analisados dois livros, um de um autor brasileiro: José Rodrigo Rodríguez, *Como decidem as cortes?*, por Matheus Barra; e um de dois autores chilenos: Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *El Constitucionalismo del miedo: propiedad, bien común y poder constituyente*, por Nathaly Mancilla Órdenes.

Neste segundo número, que encerra o primeiro volume da revista, temos a certeza de que está se tornando realidade a proposta de construir um periódico destinado a internacionalizar a cultura jurídica brasileira, possibilitando um debate acadêmico de caráter permanente e interdisciplinar a respeito do direito, à altura da complexidade da sociedade atual.

Brasília, janeiro de 2015

Marcelo Neves
Editor-Chefe

ARTIGOS

// ARTICLES

**NO TURBILHÃO DA TECNOCRACIA: UM
APELO POR SOLIDARIEDADE EUROPEIA**
// IM SOG DER TECHNOKRATIE:
EIN PLÄDOYER FÜR EUROPÄISCHE SOLIDARITÄT

Jürgen Habermas

>> RESUMO // ZUSAMMENFASSUNG

O presente artigo oferece uma análise da situação da Europa no contexto da crise que atualmente atravessa. Assim, no contexto da União Europeia, examina o problema do desacoplamento das políticas nacionais e internacionais, pondo em relevo a incerteza do futuro da União e a caracterização de seu sistema democrático que, perante as condições estruturais imperantes, tem se transformado cada vez mais numa democracia mercadológica. Com esse pano de fundo, apresenta-se como alternativa a orientação num sentido da solidariedade europeia –que só pode ser afirmada de forma conjunta– para manter o modelo baseado no Estado Social e na diversidade cultural que tem determinado a realidade do velho continente. // Dieser Artikel analysiert die Situation Europas im Kontext der anhaltenden Krise. Der Schwerepunkt der Analyse liegt dabei auf der Entkopplung der nationalen und der internationalen Politik und betont dabei die Unsicherheit der Zukunft der Europäischen Union. Habermas geht diesbezüglich davon aus, dass das demokratische System der Europäischen Union im Hinblick auf seine aktuelle strukturelle Verfassung zu einer marktorientierten Demokratie verkommt. Vor diesem Hintergrund führt er als Alternative in die Diskussion ein Konzept der Europäischen Solidarität ein. Dieses charakterisiert sich durch die Zusammenarbeit aller Mitgliedstaaten und zielt darauf ab, ein Modell der sozialen Demokratie unter Berücksichtigung der kulturellen Vielfalt, die die Realität in Europa prägt-geprägt hat.

>> PALAVRAS-CHAVE // STICHWORTE

União Europeia; Legitimidade; Crise e Solidariedade. // Europäische Union, Legitimität, Krise, Solidarität.

>> SOBRE O AUTOR // ÜBER DEN AUTOR

Professor Emérito da Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Alemanha. // Emeritierter Professor an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ÜBER DEN ARTIKEL

Traduzido do original em alemão por Pablo Holmes. // Übersetzung von Pablo Holmes aus den deutschen Originaltext.

1.

Na sua forma atual, a Europa deve sua existência aos esforços de uma elite política que pôde contar até aqui com o consentimento passivo de populações mais ou menos incluídas no processo, assim como daqueles que podiam esperar dele alguma vantagem econômica. A união se legitimou frente aos cidadãos europeus graças, sobretudo, a seus resultados, e não exatamente como afirmação de uma vontade política comum. Isso pode ser explicado não apenas pela sua história de surgimento, como também pela constituição jurídica dessa peculiar construção que é a União Europeia. O Banco Central Europeu, a Comissão e a Corte Europeia intervieram do modo mais profundo no cotidiano dos cidadãos no curso das últimas décadas, apesar de estarem quase que completamente isentos de qualquer controle democrático. E o Conselho Europeu, que teve em mãos o peso das ações na última crise, consiste em chefes de governo que, desde a perspectiva dos seus cidadãos, representam os seus respectivos interesses nacionais na distante Bruxelas. Ao menos o Parlamento Europeu deveria servir como uma ponte entre as disputas pela opinião política nas arenas nacionais e as decisões tomadas em Bruxelas, com suas graves consequências no mundo real. Mas sobre essa ponte não há qualquer movimento.

Assim, há até hoje, no nível comunitário europeu, um abismo entre a formação da opinião e da vontade políticas dos cidadãos e as políticas efetivamente adotadas para perseguir a solução de problemas. Também por isso, a ideia de uma União Europeia, assim como de seu futuro, continua um tanto nebulosa para seus cidadãos. Opiniões e tomadas de posição articuladas sobre o curso do desenvolvimento europeu permanecem até hoje um tema em grande medida limitado a políticos profissionais, elites econômicas e cientistas especializados no assunto; nem mesmo os habituais intelectuais públicos tomaram para si essa questão.¹ Aquilo que une os cidadãos europeus, hoje, é muito mais os humores eurocéticos, que se fortaleceram no curso da crise em todos os Estados membros, embora por razões polarizadas e respectivamente distintas. Para as elites políticas essa tendência é um fato importante, não obstante ela não seja realmente determinante para as decisões de uma política europeia, em grande medida desacoplada das arenas políticas nacionais. Os espaços realmente determinantes da política europeia são formados nos círculos que decidem sobre *policies*, de acordo com diagnósticos estritos da crise. Nas orientações desses círculos, refletem-se conhecidas orientações políticas.

Os agrupamentos políticos europeus podem ser diferenciados de acordo com essas orientações, as quais se organizam em duas dimensões. Trata-se, de um lado,

- de estimações opostas acerca do peso de Estados nacionais em uma sociedade mundial em crescimento conjunto e altamente interligada, como também
- das preferências conhecidas a favor ou contra um fortalecimento da política frente ao mercado.

Os campos cruzados da tabela que surge da combinação desses pares de posições relativas ao futuro desejado da Europa nos oferecem (em uma simplificação de tipos ideais) quatro modelos: Entre os defensores da soberania nacional, para quem as decisões tomadas desde maio de 2010 sobre o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) e o pacto fiscal foram longe demais, encontram-se, de um lado, os ordoliberais apoiadores de um Estado mínimo e, de outro lado, os apoiadores republicanistas or populistas de direita de um Estado nacional forte. Entre os favoráveis à União Europeia e à sua progressiva integração encontram-se, de um lado, liberais econômicos de diferentes matizes e, do outro, apoiadores de uma domesticação supranacional dos mercados financeiros desregulados. Se nós dividimos ainda os advogados de uma política intervencionista de acordo com suas posições no espectro direita-esquerda, podemos diferenciar entre os eurocéticos não apenas os republicanistas e comunitaristas de esquerda dos populistas de direita, como também, do lado dos integracionistas, os euro-democratas dos tecnocratas. Os euro-democratas evidentemente não podem ser confundidos de modo precipitado com “euro-federalistas”, pois suas ideias acerca do desenho desejável para uma democracia supranacional não se limitam ao modelo de um Estado federal europeu.

Entrementes, os tecnocratas e euro-democratas formam, junto com os liberais econômicos simpáticos à Europa, a aliança daqueles que pressionam por mais integração, embora apenas os democratas supranacionais aspirem uma continuação do processo de unificação política capaz de transpor o abismo de um déficit democrático que separa a política das *policies*. Todas as três frações tem razões para dar suporte aos mecanismos emergenciais para estabilização da moeda comum implementados até aqui, seja por estarem convencidos ou por não terem outra opção. Porém, o curso tomado pelas circunstâncias pôde ser perseguido e realizado fundamentalmente por um outro grupo de pragmáticos agindo incrementalmente. Os políticos no poder, que decidem sobre este curso dos eventos, movimentam-se sem uma perspectiva mais ampla em direção a “mais Europa”, porque eles, a princípio, querem evitar a alternativa dramática e supostamente mais custosa de um abandono do Euro.

Desde a perspectiva de nossa tipologia, no entanto, transparecem fraturas nesse conjunto heterogêneo. Os pragmáticos, que são os responsáveis por determinar os acontecimentos, deixam-se ditar, em seu passo de tartaruga, pelas necessidades econômicas e políticas de curto prazo, enquanto as forças pró-europeias pressionam em distintas direções. Os mercadistas radicais gostariam em primeiro lugar de ver relaxadas as obrigações a que o Banco Central Europeu está submetido graças às escolhas feitas pelo próprio Banco, no contexto de sua política de refinanciamento; intervencionistas pressionam, com apoio dos ventos vindos dos fustigados países em crise, por uma complementação da política de austeridade implantada graças ao governo alemão com uma ofensiva de investimentos. Os tecnocratas podem ser colocados ao lado dos que defendem a capacidade de ação de um poder executivo europeu, enquanto os euro-democratas apoiam diferentes ideais acerca de uma União Política.

Essas três forças aspiram por diferentes direções para além do vacilante *status quo* ao qual governos, submetidos a pressões por legitimação diante de um crescente euroceticismo, estão atados.

Pode-se identificar a dinâmica de motivações opostas que irá romper a existente coalisão pró-Europa assim que os problemas irresolutos força-rem uma observação e um enfrentamento da crise desde uma perspectiva temporal mais ampla. O programa de reformas elaborado pela Comissão Europeia, pelo presidente do Conselho Europeu e pelo Banco Central Europeu, voltado para um aprofundamento institucional da união monetária e econômica, revela a insatisfação com o modo reativo com que se agiu até agora em relação à crise. Foram os chefes de governo da zona europeia que inicialmente exigiram esse programa. Mas eles logo transmitiram ao Banco essa responsabilidade, pois que temiam a transferência de mais direitos de soberania para o nível comunitário. Entre alguns, os vínculos republicanos com o Estado nacional ainda pode ser forte demais, além do fato de que motivos oportunistas relacionados à manutenção das próprias posições de poder podem ter jogar um papel. O que une, porém, todos os pragmáticos é o objetivo de evitar uma nova alteração no tratado. Pois então ter-se-ia que alterar também a forma da política e da unificação, desde um projeto de elites para um modo cidadão.²

2.

Aquelas três instituições europeias que graças à sua distância relativamente grande das esferas públicas nacionais se submetem a uma menor pressão por legitimação e que no costume linguístico de Bruxelas são comumente chamadas “*the institutions*”, quer dizer, a Comissão, a Presidência do Conselho e o Banco Central Europeu (BCE) fizeram propostas para a reunião do Conselho Europeu de 13 e 14 de dezembro de 2012 que representavam uma curta e direta (embora diplomaticamente abrandada) versão de uma concepção de reforma que já havia sido publicada alguns dias antes pela comissão isoladamente.³ Esse é o primeiro documento minucioso em que a EU desenvolveu um plano de reforma de médio e longo prazo que vai além das meras ações de adiamento da crise. Nesse horizonte de tempo ampliado, não se trata apenas daquelas constelações acidentais de causas que, desde 2010, levaram a um entrelaçamento da crise bancária global com a crise das dívidas públicas e o calamitoso círculo de um refinanciamento recíproco entre Estados europeus endividados e bancos enfraquecidos; aqui se tematiza muito mais cadeias de causa e efeitos dos desequilíbrios macroeconômicos estruturais localizados na própria união monetária e que residem bem atrás na história.

A união econômica e monetária (UEM) foi estruturada nos anos 1990 de acordo com a ideia ordoliberal de um pacto de estabilidade e crescimento. Ela foi concebida como o veículo institucional de uma constituição econômica que estimula a concorrência de mercado entre os atores econômicos para além dos Estados nacionais ao mesmo tempo em que a organiza de acordo com regras vinculantes para todos os Estados membros.⁴

As diferenças entre capacidade de concorrência entre as diferentes economias nacionais deveriam ser, assim, paulatinamente compensadas, sem que fosse possível contar com qualquer instrumento de desvalorização da moeda. Mas a suposição de que a livre concorrência levaria a níveis semelhantes de remuneração do trabalho e a um bem-estar econômico comparável entre os países, o que implicaria a formação de uma vontade política comum acerca de questões fiscais, orçamentárias e econômicas, mostrou-se não menos que falsa. Como as condições ótimas para uma moeda comum não foram completadas, as desigualdades estruturais entre as diversas economias foram intensificadas; e elas vão fatalmente aumentar, enquanto a política europeia não romper com o princípio de que cada Estado membro é soberano em matérias de política fiscal, orçamentária e econômica, podendo decidir, assim, apenas desde a perspectiva nacional.⁵

Apesar de algumas concessões, o governo federal da Alemanha manteve-se fiel a esse dogma. As reformas propostas deixam a soberania dos Estados membros intactas, senão *de facto*, ao menos do ponto de vista jurídico formal. O mesmo vale para o acentuado controle das políticas orçamentárias nacionais, para o estabelecimento dos auxílios de crédito para os Estados endividados – o *Fundo Europeu de Estabilização Financeira* (FEFP) e o MEE – assim como para outras instituições, como uma união bancária e a supervisão financeira sediada no próprio BCE. Como primeiro passo na direção de um “exercício comum da soberania dos Estados individuais” poder-se-ia conceber a liquidação unificada, no nível europeu, de bancos insolventes, que já passou a ser uma possibilidade, assim como uma tributação sobre transações financeiras no nível da UEM.

Somente a concepção de reforma proposta pela comissão, que foi contudo paralisada, coloca claramente a questão sobre as causas da crise: a construção equivocada da união monetária, que insiste na autocompreensão de uma união de Estados soberanos (os “senhores dos tratados”). Ao final, essas reformas deveriam alcançar, depois de cinco anos de curso sinuoso, ao menos três objetivos essenciais descritos vagamente como segue. Primeiramente, a formação de uma vontade política comum no nível europeu acerca de linhas gerais de integração para a coordenação de políticas fiscais e orçamentárias nacionais.⁶ Isso exigiria um acordo que evitasse que políticas de um Estado nacional tenham efeitos externos negativos para a economia de outro Estado membro. Segundo, dever-se-ia prever um orçamento europeu autofinanciado, voltado a programas de fomento para países específicos. Assim, abrir-se-ia espaço para programas públicos de investimento direcionados a solucionar os desequilíbrios estruturais entre as economias da união monetária. Terceiro, dever-se-iam estabelecer empréstimos europeus, assim como um fundo para amortização de dívidas que tornasse possível, ao menos em parte, a comunitarização, em nível europeu, das dívidas soberanas. Com isso, o BCE seria eximido da tarefa informal de se submeter à especulação financeira contra Estados nacionais da zona do Euro.

Esses objetivos poderiam ser realizados apenas sob a condição de que, no interior da união monetária, transações financeiras entre os Estados

pudessem ser aceitas, com seus correspondentes efeitos distributivos transnacionais. Desde o ponto de vista de uma legitimação exigida constitucionalmente, a comunidade monetária deveria ser expandida para uma União Política. Para isso, naturalmente o relatório da comissão traz à baila o Parlamento europeu e afirma com razão que um “trabalho em conjunto mais próximo entre os parlamentos nacionais não garante ainda a legitimidade democrática das decisões europeias”.⁷ Por outro lado, a Comissão dá atenção às reservas de competência dos chefes de Estado e procede de acordo com o princípio de uma exaustão radical das bases jurídicas do Tratado de Lisboa no sentido de uma transferência furtiva e cuidadosa de competências do nível nacional para o nível europeu. Uma mudança dos tratados deve ser procrastinada até o fim do período de reformas.⁸ Os novos instrumentos capazes de produzir uma convergência da competitividade das economias nacionais⁹ e preparar uma comunitarização das dívidas¹⁰ devem ser construídos de forma a resguardar a ficção de uma subsistente autonomia orçamentária nacional.¹¹ Entretanto, a Comissão ainda dá importância à astuciosa construção de uma transição em alguma medida imediata desde uma federação de dívidas soberanas nacionais para uma verdadeira União política.

3.

A sequência continuada de passos da reforma escamoteia um salto, na verdade indispensável, entre o tradicional conceito de formação da vontade política limitada à própria nação para uma perspectiva inclusiva, desde a qual os cidadãos de cada nação precisam considerar as perspectivas dos cidadãos das outras nações. Uma obliteração dessa mudança de perspectivas renega a inovação que já está contida, inclusive, nas próprias instituições e processos da União como elas existem atualmente. Na União Europeia, quando o processo legislativo ordinário é aplicado, ele conduz a dois resultados, com implicações institucionais distintas, mas igualmente legítimas. Ele harmoniza os resultados de uma generalização de interesses mediante compromissos entre Estados nacionais com os de uma generalização europeia de interesses que se realiza na corporificação de uma cidadania europeia.

Nos planos da Comissão, essa expansão da perspectiva coletiva da cidadania nacional para uma cidadania europeia encontra um lugar envergonhando, como uma forma de apêndice. A experimental inserção dos cidadãos nessa dupla perspectiva, desde a qual a Europa política apareceria sob uma nova luz, precisa ser concebida como um processo. Mas tal ampliação ganhou em alguma medida uma forma institucional com as eleições para o Parlamento Europeu e com a formação de bancadas parlamentares dos deputados europeus. A proposta da comissão introduz, no médio prazo, ainda uma preferência pela ampliação da governabilidade em detrimento da ampliação da respectiva legitimação democrática, de modo que a *democratização* surge como uma luz no túnel, como uma promessa a ser resgatada. Com essa estratégia a Comissão favorece

naturalmente aos usuais interesses dos executivos na expansão dos seus poderes. Mas, em primeiro lugar, ela quer oferecer uma plataforma sob a qual grupos de diferentes orientações políticas podem se reunir.

O incrementalismo contempla os anseios dos pragmáticos e a ampliação da capacidade de ação no nível supranacional contempla os anseios dos tecnocratas. Os mercadistas radicais se sentirão certamente contemplados por uma União construída assimetricamente que dispõe de um executivo forte, mas em grande medida livre para agir. A democracia supranacional pode ser afirmada no papel como um objetivo proclamado. Porém, se os imperativos econômicos se associarem funcionalmente à flexibilidade tecnocrática de um executivo dotado de capacidade de ação, há uma boa possibilidade de que o processo de unificação planejado em favor do povo seja abortado sem a participação do povo, sob os auspícios da referida proclamação de objetivos. Se o gerenciamento político não for conectado com a dinâmica de uma esfera pública política e uma cidadania mobilizada, falta-lhe a motivação para conduzir os imperativos do capital em busca da otimização de seus ganhos por meio dos mecanismos de um direito democraticamente produzido e de acordo com critérios de justiça política que sejam socialmente aceitáveis. Por isso, a preeminência funcional do fortalecimento da governabilidade pelos órgãos europeus sem um satisfatório controle democrático, assim como proposta pela Comissão, padece não apenas de problemas desde o ponto de vista legitimatório: Ela estruturaria definitivamente um determinado padrão político.¹² Faltam a uma tecnocracia desenraizada democraticamente não apenas o poder como também o motivo para levar em conta suficientemente as exigências do eleitorado por justiça social, segurança social, serviços públicos e bens coletivos, caso esses entrem em conflito com as exigências sistêmicas por competitividade e crescimento econômico.

Com a concepção de reforma da Comissão, todos os grupos políticos europeus são de alguma forma contemplados, menos os euro-democratas. Certamente, nós nos encontramos em uma encruzilhada entre aquilo que deve ser feito do ponto de vista econômico para a manutenção do Euro e as medidas impopulares que deveriam ser tomadas para realizá-la. Tais medidas implicariam uma intensificação da integração a qual, contudo, encontraria imediata oposição das populações nacionais. Entretanto, os planos da Comissão refletem a tentação de superar o fosso entre o necessário economicamente e o politicamente possível por meio de um *caminho tecnocrático*. Esse caminho guarda o perigo de aumentar o abismo entre a consolidação da governabilidade e a exigida legitimação democrática dessas cada vez mais ampliadas competências decisórias da governabilidade. Nesse turbilhão tecnocrático, a União Europeia poderia se transformar definitivamente no questionável ideal de uma democracia mercadológica, sem qualquer tipo de ancoramento político em uma esfera pública, e completamente sujeita aos imperativos do mercado. Assim, os egoísmos nacionais, que a comissão tanto queria domesticar, poder-se-iam combinar com uma dominação tecnocrática exercida pelas “pessoas de confiança dos mercados”, numa mistura altamente explosiva.¹³

Além disso, a estratégia de uma democracia adiada de modo algum se apoia em uma sequência de reformas pensada de modo realista em passos de curto, médio e longo prazos. Em realidade, são razões de longo prazo que impõem os passos radicais na direção de uma genuína coordenação das políticas orçamentárias, de um fomento planejado da competitividade das economias nacionais e da comunitarização das dívidas soberanas. Isso não quer dizer que, por conta da ficção de uma autonomia nacional intocável, essas reformas devem ser deixadas para o longo prazo. O que acalmou as especulações do mercado, ao menos temporariamente, foram menos as insinceras promessas de ajuda aos Estados em crise e os anunciados controles das suas propostas orçamentárias pela União e muito mais o “muro de proteção financeira” garantido pelo presidente do BCE, Mario Draghi, com uma única declaração midiática. Ademais, nem a Comissão nem o Conselho poderiam ter promovido uma União política ao largo das esferas públicas nacionais, ao produzir uma centralização gradual explícita de competências que já são exercidas pela União, sem que tivessem tensionado o arco do que é visto como juridicamente aceitável no direito europeu. A própria autorização regulamentar concedida à comissão para uma supervisão orçamentária (por meio da legislação “sixpack” e da legislação “twopack”) em muito supera a conta legitimatória dos tratados vigentes, merecendo a suspeita das cortes constitucionais e parlamentos nacionais.

4.

Mas qual é a alternativa a um avanço da integração de acordo com o modelo de um federalismo executivo? Tratemos primeiramente dos pontos políticos decisivos que precisariam ser enfrentados inicialmente, no caso de uma decisão legitimada democraticamente acerca do futuro da Europa. Os três mais importantes são evidentes:

- a) Primeiramente é necessária uma decisão consequente pela ampliação da Comunidade Monetária Europeia no sentido de uma União política que esteja aberta à entrada de outros Estados membros, em especial a Polônia. Embora o estabelecimento da zona Schengen e a introdução do Euro já tivessem produzido uma “União com diferentes velocidades”, isso representou, na realidade, uma diferenciação interna institucionalizada entre centro e periferia. Do ponto de vista jurídico-constitucional, tal medida iria depender essencialmente do comportamento do Reino Unido, que exige uma devolução de competências para o nível nacional. Não se poderia excluir completamente a possibilidade de que uma tal ampliação da integração poderia forçar uma temida refundação da união, sobre as bases de um aprofundamento das instituições já existentes.
- b) A decisão por uma Europa unificada a partir de um núcleo comum significaria bem mais que um passo evolucionário a mais na transferência de direitos soberanos dos países. Com o estabelecimento de

uma política fiscal, orçamentária e econômica comum e, sobretudo, com uma política social reciprocamente pactuada, estaria claramente ultrapassada a linha clássica de compreensão da soberania. A ideia de que os Estados nacionais são os “senhores dos tratados” teria que ser abandonada. Como ficou evidenciado no papel político exercido pelo Conselho Europeu ao longo da crise e na decisão do Tribunal Constitucional Alemão, essa ideia é hoje muito mais do que uma mera ficção. Por outro lado, é desnecessário conceber o passo na direção de uma democracia supranacional como uma transição para os “Estados Unidos da Europa”. As alternativas entre União de Estados ou Estado Federal Europeu são falsas (e uma herança específica da discussão do direito público alemão do século XIX).¹⁴ As competências governativas funcionalmente necessárias, embora ainda ausentes, para uma união monetária poderiam e deveriam ser exercidas de modo centralizado nos quadros de uma comunidade supraestatal, ao mesmo tempo democrática. No interior de uma democracia supranacional, os Estados nacionais deveriam ser no entanto mantidos com sua substância estatal (o monopólio da violência e uma administração pública), garantidora das liberdades, em sua função de Estados democráticos de Direito.¹⁵

- c) No nível dos processos, o destronamento do Conselho Europeu da sua posição, ainda hoje vigente, de uma instituição supra-legislativa significaria uma transição da forma de governo europeu desde um “intergovernamentalismo” para um método genuinamente comunitário. Com efeito, enquanto o processo legislativo ordinário europeu não se tornar a regra, a União Europeia compartilhará do mesmo déficit democrático de todas as organizações fundadas em tratados intergovernamentais. Tal déficit se produz graças à assimetria entre a extensão do mandato democrático dos Estados membros e a jurisdição das organizações que esses Estados fundam.¹⁶ Também o Conselho Europeu teve que se autonomizar frente a seus membros, como consequência de não ter produzido outra forma interna de governo. Assim, quanto mais se torna densa a cooperação dos executivos nacionais com uma ampliação do alcance e peso de suas tarefas, menos as decisões do Conselho podem ser baseadas apenas na forma de legitimação que remonta ao caráter democrático de seus membros. Como o requisito da unanimidade é ameaçado informalmente, governar supranacionalmente significa uma forma de heteronomia. Do ponto de vista dos eleitores nacionais, essa é uma forma de governo estrangeiro que decide sobre seus próprios destinos e representa os interesses de outras nações e que não pode ser influenciada pelas eleições nacionais. Esse déficit de legitimação é ainda fortalecido pela falta de publicidade das negociações. O método comunitário de governo é desejável não apenas graças a essa razão normativa.

Ele serve também à efetividade, pois ele ajuda a superar o particularismo do Estado nacional. No Conselho, assim como em comissões interparlamentares, representantes obrigados a levar em conta interesses

nacionais são obrigados muitas vezes a procurar compromissos entre conjunções de interesses dificilmente conciliáveis.¹⁷ Enquanto isso, os parlamentares organizados nas bancadas do Parlamento Europeu são eleitos desde o ponto de vista de preferências partidárias. Isso permite que a formação de vontade política, no Parlamento, possa se dar já sobre as bases de conjunções de interesses europeus generalizados.

5.

Esses três pontos decisivos se deixam realizar apenas sobre os difíceis limites institucionais relacionados a uma mudança do direito primário europeu. O Conselho Europeu, a instituição que, dada a descrição feita acima, enfrentaria as maiores dificuldades para produzir algum consenso, teria que decidir convocar uma convenção capaz de alterar os tratados. Por um lado, os chefes de governo tremem só em pensar nos riscos representados por um passo tão impopular para suas reeleições. E eles tampouco querem abrir mão de poderes. Por outro lado, eles não vão poder se esquivar das pressões econômicas que cedo ou tarde forçarão um aprofundamento da integração diante das alternativas colocadas. Desde já, o governo federal alemão insiste na prioridade dada ao saneamento fiscal dos Estados nacionais, à custa dos sistemas de seguridade social, dos serviços e bens públicos, quer dizer, à custa dos que são em todo caso as camadas mais desfavorecidas da população. Junto com alguns outros pequenos países credores, a Alemanha bloqueia a exigência de outros Estados membros por programas de investimentos focados e por uma responsabilidade financeira comum que pudesse baixar os juros cobrados pelos títulos soberanos dos Estados em crise.

Assim, o Governo Federal alemão detém em suas mãos as chaves do destino da União Europeia. Se existe entre os Estados um governo que estaria em posição de empreender uma mudança nos tratados, esse governo seria o da Alemanha. Os outros poderiam exigir ajuda solidária apenas se estivessem dispostos a admitir o passo jurídico constitucional complementar correspondente: uma transferência de direitos de soberania para o nível europeu. De outro modo, qualquer ajuda solidária poderia ferir o princípio democrático de acordo com o qual o legislador que estabelece os tributos necessários para a referida transferência financeira também deve representar a mesma instituição responsável pelas instâncias que utilizará os recursos. A pergunta permanece em aberto se a República Federal da Alemanha está em posição de poder ter a iniciativa de tal empreendimento, como também se ela tem qualquer interesse em fazê-lo.

Nesse ponto, não estou especialmente interessado nos interesses comuns dos Estados membros – como o interesse em possíveis vantagens econômicas de médio prazo de uma estabilização da comunidade monetária ou o interesse na autoafirmação do continente, que parece perder peso diante do crescimento de outras potências mundiais. Sem dúvida, a percepção de uma transição do centro de poder global do ocidente para

o oriente e a intuição de que haverá uma mudança na relação da Europa com os EUA parece lançar nova luz sobre as vantagens sinérgicas da unificação europeia. No mundo pós-colonial, o papel da Europa mudou, não apenas graças ao passado imperial e à questionável reputação que ele produziu para o continente, como também devido à experiência do holocausto. Diversas previsões estatísticas também parecem apontar para o destino da Europa como um continente com uma população declinante, um decrescente peso econômico e uma reduzida importância política. Diante disso, as populações europeias precisam compreender que seu modelo societário baseado no Estado social e na diversidade cultural de suas nacionalidades só pode ser afirmado conjuntamente. Essas populações precisam juntar forças, se elas ainda querem de alguma forma influir na agenda política mundial e na solução de problemas globais. A renúncia à unificação europeia seria também um adeus da Europa à história mundial.

Esses interesses perdem em importância, porém, se consideramos que o que está em jogo é a formação de uma vontade política europeia acerca dos objetivos do processo de unificação; algo que vai muito além de possíveis vantagens econômicas. Mas em nosso contexto, trata-se especificamente do interesse do Estado que está na posição de empreender a iniciativa pelas mudanças: Não teria a Alemanha um interesse especial, que transcende os interesses comuns dos Estados nacionais, até mesmo devido a sua especificidade histórica?

Depois da Segunda Guerra Mundial e da catástrofe moral do holocausto, tornou-se imperativo para uma Alemanha desmoralizada política e moralmente cultivar sua aliança com a França e promover a unificação europeia, até mesmo por astúcia diplomática, com vistas a recuperar a reputação que ela mesma havia destruído. Mas a cuidadosamente preparada inclusão cooperativa em uma vizinhança europeia resolveu, sobretudo, um outro problema, cuja reedição teríamos boas razões para temer. Depois da fundação do Império, em 1871, a Alemanha assumiu uma desastrosa posição quase-hegemônica – nas palavras de Ludwig Dehios, a Alemanha havia se tornado “fraca demais para dominar o continente, mas forte demais para nele se integrar”¹⁸. É claramente do interesse da República Federal da Alemanha evitar que esse dilema, superado apenas graças à unificação, possa ressurgir.

Desse modo, a aguda e crítica questão europeia torna-se também um desafio de política interna. Pois a posição de liderança que a Alemanha detém hoje, devido ao seu peso demográfico e econômico, desperta não apenas as lembranças históricas da ocupação alemã durante a Segunda Guerra ao seu redor, como também alimenta ideias mortais dentro da própria Alemanha. A consciência de uma normalidade nacional, recuperada desde 1989/1990, é uma faca de dois gumes. Ela pode ser inflada por fantasias de poder que podem levar tanto à escolha por um caminho isolacionista, como na direção de uma não menos questionável “Europa alemã”. As catástrofes da primeira metade do século XX deveriam nos ter ensinado sobre nosso interesse nacional em evitar aquela posição quase-hegemônica, impossível de administrar. O verdadeiro mérito de

Helmut Kohl não foi a Reunificação Alemã, mas a combinação desse feliz acontecimento nacional com a consequente continuação de uma política que une de modo firme a Alemanha à Europa.

Além disso, é de se perguntar se a Alemanha tem não apenas auto-interesse na perseguição de uma política de solidariedade europeia, mas também está obrigada a ela por razões normativas. Claus Offe justifica uma obrigação normativa de prestações solidárias com três argumentos: A Alemanha foi o Estado que mais se beneficiou com a comunidade monetária por meio de um incremento substancial das suas exportações. Graças a seus superávits comerciais, a Alemanha é o país que, de longe, mais contribui para os desequilíbrios econômicos, sendo assim uma das co-causadoras do problema. Por fim, a Alemanha se beneficiou ainda da própria crise, já que o encarecimento do crédito para os países endividados corresponde ao barateamento dos títulos soberanos alemães.¹⁹ Fora isso, o mercado de trabalho alemão tem se beneficiado com a afluência de pessoas jovens e bem educadas, que não veem qualquer futuro em seus países em crise.

Evidentemente, não é tão fácil de explicitar a premissa normativa de que as consequências assimétricas da interdependência entre economias nacionais da comunidade monetária europeia, a qual não é controlada politicamente, implica uma obrigação de solidariedade. E mesmo que esse argumento seja válido sob a premissa da manutenção do Euro, os oponentes de tal obrigação podem se eximir com a opção por um abandono da moeda comum, e com um argumento normativo bastante elucidativo. Como a fundação da comunidade monetária foi decidida sob a premissa unânime de que ela não afetaria a autonomia orçamentária nacional dos membros, nenhuma parte contratante pode estar obrigada a dar mais passos na direção de uma comunitarização política.

Com essa situação argumentativa, a justificação de um apelo por solidariedade europeia precisa ser retrabalhada, para que ambiguidades relativas ao conceito de solidariedade sejam dirimidas. Por um lado, quero mostrar que um apelo à solidariedade de modo algum implica uma confusão entre moral e política. Pode-se e deve-se utilizar esse conceito de forma genuinamente política. Por outro lado, eu gostaria de me referir ao contexto especial em que apelos por solidariedade costumam emergir, com o auxílio de uma história dos conceitos. A questão decisiva consiste na medida exata em que as populações da zona do Euro se encontram, hoje, em uma situação histórica que exige solidariedade.

6.

Graças à atmosfera política das sociedades civis da zona do Euro, hoje se podem observar como sujeitos políticos capazes de intervenção, além dos fragmentados sindicatos nacionais, também os governos e os grandes partidos políticos nacionais. Se esses partidos se decidissem por enfrentar o risco de, pela primeira vez, apresentar aos seus respectivos eleitorados as verdadeiras alternativas políticas europeias, eles estariam

diante de uma tarefa um tanto insólita. Partidos políticos estão acostumados com um modo de adquirir legitimação baseado em uma dependência da opinião popular. E eles não estão preparados para um processo de formação da opinião e da vontade políticas que divirja um pouco das suas rotinas. Isso os impede de perceber os desafios extraordinários que se impõem em situações de crise como a atual e os torna incapazes de se engajar em opções de risco. A equivocada frase: “A história é feita por pessoas”, não se torna mais verdadeira graças a essas infelizes circunstâncias. Mas tais circunstâncias dão ocasião para refletirmos se a pessoa certa, no tempo certo, não poderia, de um modo ou de outro, influenciar decisivamente pontos decisivos da história.

Em todo caso, os partidos políticos deveriam se lembrar de que eleições democráticas não são meras pesquisas de opinião. Elas são o resultado de uma formação pública da vontade política em que argumentos contam decisivamente. Assim, em uma situação inicial de risco, com fortes posições políticas contrastantes, maiorias políticas podem ser revertidas apenas com esforços discursivos sustentados que vão além dos intervalos de uma eleição. Nesse sentido, é importante esclarecer o significado do argumento acerca da solidariedade. Em questões de política social contam argumentos morais acerca de justiça distributiva, em questões constitucionais, razões jurídicas. Para afastar as conotações a-políticas de um apelo por solidariedade, que seus opositores (assim chamados realistas) costumam apontar, eu gostaria de distinguir, de um lado, a obrigação de solidariedade e, de outro, obrigações morais e jurídicas.

A assistência solidária é um ato que, em contextos políticos, de modo algum precisa consistir em uma abnegação moral radical. Konstantinos Simitis, o primeiro-ministro grego no tempo da entrada de seu país na zona do Euro, escrevia no *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 27 de dezembro de 2012:

“Solidariedade é um conceito que não agrada a alguns países da União europeia. Eles associam ao conceito uma interpretação de acordo com a qual solidariedade significaria que eles deveriam ajudar países que não cumpriram com suas obrigações. Entretanto, a realidade impõe uma assistência recíproca cuja medida não pode ser determinada apenas com base em textos jurídicos.”²⁰

O autor contesta, assim, o caráter solidário da política europeia defendida pelo Governo Federal da Alemanha. Simitis está na posição mais frágil do debate, mas com sua compreensão sobre o conceito ele poderia de fato ter razão. Então: O que significa solidariedade?

Embora ambos os conceitos estejam implicados, “solidariedade” não quer dizer o mesmo que “justiça”, seja no sentido moral, seja no sentido jurídico dessa palavra. Nós dizemos que normas morais e normas jurídicas são “justas”, se elas regulam práticas que estão no interesse uniforme de todos os implicados. Normas justas asseguram a todos a mesma medida de liberdade e, a cada um, o mesmo respeito. Evidentemente, há também deveres específicos. Parentes, vizinhos ou colegas de trabalho

podem esperar uns dos outros, em algumas situações, mais ou menos ajuda do que esperam de estranhos. Também esses deveres especiais podem assumir uma validade geral, embora eles permaneçam limitados a determinadas relações sociais. Pais descumprem, por exemplo, sua obrigação de cuidado ao negligenciar a saúde dos filhos. A medida dessa obrigação positiva é deixada em muitos casos indeterminada. Ela varia com a forma, a frequência e o peso das respectivas relações sociais. Um primo distante que depois de décadas trava contato com sua surpreendida prima, e pede a esta uma relevante ajuda financeira, devido a uma situação urgente, dificilmente poderá apelar a um dever moral geral, senão, no melhor dos casos, a uma ligação resultante do parentesco, de caráter meramente “costumeiro” (*sittlich*) (como diria Hegel). O pertencimento ao círculo familiar mais amplo só justificará uma obrigação, se a relação faticamente existente entre os implicados faz com que eles possam esperar um do outro que, se a prima estivesse em situação semelhante, ela também poderia contar com a assistência de seu primo. Nesse caso, trata-se da *eticidade geradora de confiança* de uma convivência habitual informal a qual exige, sob condições de *comportamento recíproco previsível*, que um se coloque a disposição do outro.

Obrigações morais e jurídicas podem ser diferenciadas de obrigações éticas. Essas últimas, vinculadas a uma comunidade previamente existente, tipicamente a vínculos familiares, tem três características. Elas justificam exigências excessivas ou superrogatórias que superam aquilo para o que o endereçado está moralmente obrigado. Por outro lado, elas têm valor vinculante menor, em relação à motivação da ação, do que aquele vínculo categórico imposto por um dever moral. E elas tampouco estão cobertas pelo caráter coercitivo do direito. Mandamentos morais devem ser obedecidos apenas em atenção à norma que lhe fundamenta, independentemente do comportamento futuro dos outros. E a obediência jurídica do cidadão está vinculada às condições que um poder estatal sancionador estabelece para o cumprimento geral das leis.²¹ O cumprimento de uma obrigação ética não pode ser nem imposto coercitivamente, nem exigido categoricamente. Ele depende muito mais da previsibilidade do comportamento recíproco – e de uma confiança intertemporal nessa reciprocidade.

O comportamento ético não coercível se coaduna no médio ou no longo prazo com o autointeresse. Exatamente esse aspecto é compartilhado tanto pela “eticidade” (*Sittlichkeit*) como pela “solidariedade”, embora a última não se funde em contextos pré-políticos de vivência, como é o caso da família, senão em uma comunidade política. O que distingue a ambas, a eticidade e a solidariedade, do direito e da moral é a referência a uma “irmanação” (*Verwicherung*) em uma rede social que justifique tanto expectativas exigentes que ultrapassem o estritamente necessário, como a confiança dos outros em um comportamento recíproco localizado no futuro.²² Insistamos: “Moral” e “Direito” se referem à liberdade igual de indivíduos autônomos. “Solidariedade” se refere ao interesse comum na integridade de uma forma de vida política compartilhada, o que inclui também o próprio autointeresse.²³ Com efeito, o conceito de solidariedade

produz essa conotação de sentido a partir da lembrança de comunidades espontâneas como famílias e corporações. Mas, graças a esse conceito, a semântica da “eticidade” se altera em dois sentidos importantes delineados a seguir.

O comportamento solidário pressupõe contextos políticos de vivência organizados juridicamente, ou seja, contextos artificiais. O nacionalismo dissimula essa diferença entre “solidariedade” e uma “eticidade” pré-política. Ele é infiel ao conceito quando escreve “solidariedade nacional” nas suas bandeiras, mas assume que a solidariedade do cidadão se deixa subsumir à ideia de coesão entre compatriotas.²⁴ Com isso, o nacionalismo camufla o fato de que a confiança pressuposta pelo comportamento solidário é menos robusta que aquela necessária pelo comportamento ético. O comportamento solidário não pode se apoiar sobre a obviedade de relações éticas convencionais no interior de uma comunidade espontânea. O que dá uma nota especial ao comportamento solidário é o *caráter ostensivo* da expectativa de cumprimento de uma promessa, que está contido em toda ordem política dotada de legitimidade. Esse caráter aparece sobretudo com o despertar do processo de modernização econômica, quando a ação solidária se torna necessária para ampliar as formas de integração de uma ordem política sob ataque. Em outras palavras, ela possibilita a adaptação da ordem política a formas de interdependência amplas produzidas sistemicamente que são percebidas pelos cidadãos, mesmo que indiretamente, como limitações à sua capacidade de autodeterminação política. A seguir, eu gostaria de explicar ambas as dimensões de sentido do conceito. Primeiramente, com referência a contextos políticos de vivência e, posteriormente, com referência ao caráter abstrato de confiança na reciprocidade garantida por relações estruturalmente organizadas.

7.

O discurso corrente de uma “solidariedade cívica” (*staatsbürgerliche Solidarität*) pressupõe o contexto de vivência construído juridicamente de uma comunidade política; normalmente de um Estado nacional. A indignação diante da violação da solidariedade cívica se revela, por exemplo, no ódio dirigido a sonegadores de impostos, que se exoneram de suas responsabilidades frente à comunidade política, de cujos privilégios eles gozam de forma desinibida. Evidentemente, sonegação tributária é também um ilícito jurídico. As emoções contra esses aproveitadores expressam, no entanto, o mesmo tipo de frustração de expectativas de solidariedade que são expressadas no desprezo pelos diversos *Depardieus* desse mundo, que mudam licitamente suas residências ou o endereço de suas firmas como refugiados tributários. Como se pode ler do processo de desenvolvimento do Estado social, expectativas de solidariedade podem se transformar, também, em exigências jurídicas.²⁵ Ainda hoje, a pergunta acerca de quanta desigualdade os cidadãos de uma nação rica estão dispostos a tolerar se trata muito mais de uma questão acerca da solidariedade do

que acerca do direito. Não é o Estado de Direito que freia o crescimento do número de jovens desempregados, dos desempregados de longo prazo e dos trabalhadores precários, dos idosos cujas aposentadorias mal chegam para a sobrevivência, ou das mães solteiras empobrecidas que dependem de restaurantes populares. Apenas a política de um legislador que é sensível às exigências normativas de uma sociedade civil democrática pode tornar as demandas por solidariedade dos marginalizados ou de seus defensores em direitos sociais.²⁶

Não obstante a diferença entre solidariedade, de um lado, e direito e moral, do outro, persiste uma íntima conexão conceitual entre “justiça política” e “solidariedade”.²⁷ Em Portugal, o Presidente Conservador Aníbal Cavaco Silva provocou a corte constitucional, na virada do ano 2012/2013, para que ela se pronunciasse sobre a constitucionalidade do programa orçamentário orientado para a austeridade proposto pelo governo de seus próprios aliados. Ele temia que as consequências do modelo político imposto pelos credores (especialmente as restrições impostas a funcionários e empregados públicos, dependentes da seguridade social e aposentados) fossem inaceitáveis desde um ponto de vista de justiça política. Com isso, o presidente traduziu na linguagem da justiça política os protestos populares que, nos países em crise, exigiam solidariedade das elites locais e dos países credores. Quanto mais injustas as relações políticas, mais têm razão os desfavorecidos em exigir solidariedade por parte dos privilegiados. Entretanto, exigências de solidariedade se dirigem a um contexto social difícil de determinar. A quantidade de integração social disponível não se esgota em medidas quantificáveis. O limiar da desintegração e da anomia social sinalizam um limite. Assim, questões de justiça política e de solidariedade se referem constantemente a um “mais” ou a um “menos”, enquanto questões binariamente estruturadas relativas à justiça moral e jurídica se referem a um “sim” ou um “não”.

Essas relações conceituais mostram que “solidariedade” (em contraste com a “eticidade”) não se refere a um contexto de vivência já existente e já pressuposto, senão a um contexto de vida a ser constituído, politicamente. Esse significado político ostensivo se torna claro ao abandonarmos o ponto de vista a-histórico de explicação conceitual e transitamos para uma análise histórico-conceitual. O conceito de solidariedade é surpreendentemente recente, enquanto os conceitos de “lícito” e “ilícito” eram disputados já em altas culturas, ou seja, já no século III antes de Cristo. A palavra “solidariedade” remete de fato ao direito penal de dívidas romano. Mas apenas desde a Revolução Francesa de 1789 ele assume um significado político, embora ligado inicialmente ao lema da “fraternidade” (*Brüderlichkeit*). O conceito de combate *fraternité* é tributário da generalização humanista de uma consciência produzida pelas religiões universais. Ele remete àquela experiência ampliadora das perspectivas particulares que concebe a comunidade local como parte de uma comunidade universal de todos os crentes. Esse é o pano de fundo do conceito secular humano-religioso de fraternidade que foi associado ao conceito de solidariedade no curso da primeira metade do século XIX, no contexto de emergência da questão social. Essa associação foi promovida pelo socialismo utópico

e pela doutrina social da Igreja, e um pouco mais tarde pelos social-democratas. Heinrich Heine utilizava, aliás, fraternidade e solidariedade como conceitos mais ou menos sinônimos durante o *pré-março*²⁸ (*Vormärz*).²⁹ Esses conceitos se separam no curso das agitações sociais do emergente capitalismo industrial e com o surgimento do movimento proletário. Nessa constelação histórica, a herança judaico-cristã de uma ética da fraternidade dirigida à redenção ou à emancipação se associa ao republicanismo de origem romana, e dirigido à liberdade jurídico-política.³⁰

O conceito surgiu, historicamente, em uma situação em que os revolucionários clamavam por solidariedade como uma reconstrução salvadora de relações de solidariedade conhecidas que estavam a ser corroídas pelo processo de modernização.³¹ O socialismo utópico dos artesãos desenraizados também retirava suas energias em parte das lembranças nostálgicas do mundo da vida paternalisticamente protegido das guildas. Nesse momento, a acelerada diferenciação funcional da sociedade produzia, sob as espaldas de um mundo da vida patriarcal-estamental amplamente corporativo, novas formas de ampla interdependência. Surgiam então diversas dependências funcionais recíprocas que seriam capazes de integrar as oposições de classe nascentes na forma um tanto ampliada de uma integração política por meio do Estado nacional. Desse modo, os apelos por solidariedade tinham sua origem histórica na dinâmica das novas oposições de classe. O movimento operário reagia às pressões sistêmicas que destruíam as velhas formas de solidariedade com justificados apelos por solidariedade: Os artesãos socialmente desenraizados, os trabalhadores, os funcionários e os diaristas deveriam se unir no mercado de trabalho contra as relações de concorrência sistemicamente produzidas.

A contradição industrial capitalista entre classes sociais se tornou institucionalizada nos quadros dos Estados nacionais constituídos democraticamente. Esses Estados europeus, que se tornaram Estados sociais apenas depois das catástrofes das guerras mundiais, foram colocados novamente sob a pressão explosiva de interdependências produzidas economicamente por uma globalização econômica que se reproduz impassível por sobre as fronteiras territoriais nacionais. Novamente, são os constrangimentos sistêmicos que dinamitam as relações de solidariedade costumeiras e tornam necessária uma reconstrução das formas estatais nacionais de integração política. Dessa vez, as contingências sistêmicas incontrolláveis, representadas por um capitalismo orientado por mercados financeiros desregulados, provocam tensões entre os Estados membros da comunidade monetária europeia. Desde essa perspectiva histórica, as expectativas de solidariedade de Konstantinos Simitis ganham legitimidade.

Ele aponta explicitamente para a rede de interdependências existente há bastante tempo, que deveria ser associada a formas de integração política pensada normativamente como uma compensação das vantagens e desvantagens contingentes entre os Estados membros. Para manter a união monetária entre economias nacionais estruturalmente tão distintas, não é mais suficiente garantir crédito a Estados endividados para que cada um, individualmente, incremente sua competitividade por

própria. Em lugar disso, é preciso um esforço cooperativo pensado desde uma perspectiva política comum para gerar crescimento e competitividade na Zona do Euro como um todo. Um esforço como esse exigiria da República Federal da Alemanha, desde a perspectiva de seu autointeresse de longo prazo, aceitar efeitos distributivos negativos de curto e médio prazo. Esse seria um caso exemplar de solidariedade política, no sentido que tratamos.

>> NOTAS

- ¹ Justine Lacroix/Kalzpso Nicolaidis (Org.) *European Stories. Intellectual Debates on Europe in National Contexts*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ² Eu defendo essa alternativa há mais de duas décadas: Cf. Jürgen Habermas, “Staatsbürgerschaft und nationale Identität” (1990), *In: idem, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Staats*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992, pp. 632-660, aqui: p. 643-651; Idem, *Die Postnationale Konstellation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 91-169; *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin, Suhrkamp, 2011.
- ³ Comissão Europeia, “Ein Konzept für eine vertiefte und exte Wirtschafts- und Währungsunion> Auftakt für eine europäische Diskussion”, COM (2012) 777 final/2; disponível online: (http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2012/II/pdf/blueprint_de.pdf) (Abril de 2013). A seguir citado como “Konzept”. Vê-se facilmente o confuso texto em que o projeto se tornou, ao ser redigido às pressas, como o foi.
- ⁴ Esse quadro é expresso em “Konzept” exclusivamente com a frase: “A UEM é única entre as modernas uniões monetárias, pois ela une uma única política monetária centralizada com responsabilidade descentralizada pelos demais aspectos da política econômica”.
- ⁵ Já para Henrik Enderlein, *Nationale Wirtschaftspolitik in der europäischen Wirtschaftsunion*, Frankfurt am Main, Campus, 2004.
- ⁶ A isso corresponde à competência da comissão de “exigir a elaboração de orçamentos estatais em concordância com os deveres estabelecidos pelas regras europeias” (Konzept, p. 44); essa competência deve evidentemente ir além dos deveres já estabelecidos com referência à disciplina fiscal.
- ⁷ Konzept, p. 41.
- ⁸ A proposta da comissão, com sua estratégia “Me lave, mas não me molhe”, esquivava-se da pergunta decisiva: “O aprofundamento deveria acontecer nos quadros dos tratados para evitar uma fragmentação dos quadros jurídicos que poderia enfraquecer a União e poderia colocar em questão a supremacia do direito europeu para a dinâmica da integração.
- ⁹ O “Instrumento para convergência e competitividade vincula os apoios financeiros a acordos que os Estados membros individualmente firmariam com a comissão” (“Konzept”, p. 25 ss e Anexo I)
- ¹⁰ Konzept, p. 33 ss, e anexo III.
- ¹¹ A autonomia aparente dos Estados membros e a alavancagem da legitimação democrática de um crescimento do poder do executivo livre, que apenas está vinculado ao Conselho Europeu, mostra-se exemplarmente na proposta de um “Instrumento para convergência e competitividade (CCI), o qual recebeu apoio de Angela Merkel no Fórum Econômico Mundial de Davos, em janeiro de 2013. De acordo com ele, as demandas específicas necessárias a cada país dependeriam de um acordo contratual entre a Comissão, de um lado, e o respectivo Estado requerente, de outro, de acordo com um diálogo entre a Comissão e os Estados membros.
- ¹² Sobre isso ver o trabalho seminal de Wolfgang Streeck: “Varieties of What? Should we still be using the concept of capitalism?”, *In: Julian Go (Org.), Political Power and Social Theory* 23, p. 311-321; Idem, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin: Suhrkamp, 2013.
- ¹³ Wolfgang Streeck, “Von der Demokratie zur Marktgesellschaft”, *In: Blätter für deutsche internationale Politik* 12 (2012), p. 61-72.
- ¹⁴ Stefan Oeter, “Föderalismus und Demokratie”, *In: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Org.), Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg: Springer 2010, p. 73-120.

- ¹⁵ Ver meu artigo: “Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas”, In: Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 39-96, especialmente p. 61-74.
- ¹⁶ Christoph Möllers, *Die Drei Gewalten. Legitimation der Gewaltgliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Union und Internationalisierung*, Weilerwist: Vellbrück, 2008, p. 158ss.
- ¹⁷ O argumento processual é o menos infame sobre a incapacidade do Conselho Europeu de dar soluções cooperativas para a crise. O fracasso político dos governos da zona do Euro só não assumiu feições históricas graças à intervenção do BCE, que por seu turno é apenas muito precariamente legítima.
- ¹⁸ Ver a análise interessante, embora ainda marcada pelo nacionalismo histórico, de Andreas Rödder, “Dilemma und Strategir”, In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (14. Januar 2013), p. 7. N. Trad: “zu schwach, um den Kontinent zu beherrschen, aber zu stark, um sich einzuordnen”
- ¹⁹ Claus Offe, “Europa in der Falle”, In: *Blätter für deutsche und international Politik I* (2013), p. 67-80, p. 76.
- ²⁰ Konstantinos Simitis, “Flucht nach vorn”, In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (27. Dezember 2012), disponível online em: <http://m.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/eurokrise-flucht-nach-vorn-12007360.html> (visto em abril 2013).
- ²¹ No Estado Constitucional, todas as normas jurídicas devem estar sujeitas, evidentemente, a condições legitimatórias mais amplas, de modo que elas podem ser seguidas não apenas graças a sua legalidade, senão – com observância ao processo de produção democrática da norma – com base no “respeito à lei”.
- ²² Andreas Wildt, “Solidarität. Begriff und Problem”, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 202-217, p. 210ff.
- ²³ Eu formulei uma relação muito mais estreita entre justiça moral e solidariedade/eticidade em publicações anteriores. Ver: Jürgen Habermas, “Gerechtigkeit und Solidarität”, (1984), In: Idem, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991, p. 49-76. Eu não mantenho a frase: “A justice concebida deontologicamente exige como sua contraparte a solidariedade”. Ela conduz a uma moralização e uma despolitização do conceito de solidariedade. Ver meu comentário sobre Maria Herrera Lima em: Jürgen Habermas, *Religion und nachmetaphysisches Denken. Eine Replik*, In: Jürgen Habermas, *Nachmetaphysisches Denken II. Aufsätze und Repliken*, Berlin, Suhrkamp, 2012, p. 120-182, p. 127ss, p.131-133.
- ²⁴ Jürgen Habermas, “Inklusion – Einbeziehung oder Einschliessen? Zum Verhältniss von Nation, Rechtsstaat und Demokratie”, In: Idem, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 154-184.
- ²⁵ Hauke Brunkhorst fala da “transformação da solidariedade no meio direito”. Ver: *Solidarität unter Fremden*. Frankfurt am Main: Fischer, 1997, p. 60 ss.
- ²⁶ Esse pano de fundo de solidariedade dos direitos sociais se torna novamente visível quando da redução de conquistas sociais. O presidente do Conselho da Fundação Médica Charité de Berlin, Karl Max Einhäupl, recorre com razão ao conceito de solidariedade, quando em uma entrevista ao *Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung* ele se referiu ao fato de que os custos crescentes das tecnologias médicas começava a restringir o tratamento igual de pacientes, ou seja, seus direitos: “Nós teremos que abrir mão de mais uma medida de solidariedade. Mas temos que refletir, como sociedade, como poderíamos manter os prejuízos para a solidariedade os menores possíveis. A decisão, quem recebe o quê, não pode ser deixada ao médico individual. (Christinane Hoffmann/Markus Wehner, “Bislang kann jeder Patient alles haben”, Entrevista com o Chefe do Charité Karl Max Einhäupl, In: *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* (30. Dezembro de 2012, p. 2). Por que não se fala aqui apenas de justiça? Evidentemente, a decisão acerca de quando um paciente da caixa social deve receber o mesmo tratamento

e medicamentos que um paciente segurado privado tornou-se o problema de uma decisão moral do médico individual, de acordo com sua própria percepção de justiça. Também se trata de justiça quando por exemplo se trata de tratamento desigual no caso de pacientes desfavorecidos – como por exemplo em escândalos relacionados a órgãos para transplante – capazes de levar à morte. Na entrevista, o chefe da clínica não fala de direito e moral, senão certamente de solidariedade, pois que, com relação ao seu problema – a terrível pergunta acerca da seleção de pacientes dignos de tratamento com métodos caros –, ele queria exatamente transferir a responsabilidade do médico individualmente para a política e, portanto, em lugar da perspectiva do indivíduo, tratava da perspectiva do coletivo, da totalidade dos cidadãos. A pergunta acerca da solidariedade vem à tona com a referência à totalidade dos pacientes, que poderiam ser tratados de modo favorável às custas de outros e, ao mesmo tempo, são membros de uma comunidade política.

²⁷ Eu penso no conceito de justiça política como proposto por John Rawls.

²⁸ Nota do Tradutor: O “Pré-Março” (*Vormärz*) se refere aos anos que antecederam as Revoluções de Março nos Estados da Confederação Alemã em 1948. Esse período se estende desde cerca de 1815 até o ano de 1848.

²⁹ Ver as referências no índice remissivo das obras de Heinrich Heine organizadas por Klaus Briegleb: *Heinrich Heine. Sämtliche Schriften. Vol VI*, Munique: Hanser, 1976, II, p. 818.

³⁰ Hauke Brunkhorst, *Solidarität – Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

³¹ Karl H. Metz, “Solidarität und Geschichte. Institutionen und sozialer Begriff der Solidarität in Westeuropa im 19. Jahrhundert”, *In: Kurt Bayertz (Org.) Solidarität*, op. cit., p. 172-194. Em parte crítico a essa concepção: Wildt “Solidarität”, *In: Bayertz (Org.)*, op cit., p. 202-217.

**ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
DA OMC: ACESSO AOS PAÍSES EM
DESENVOLVIMENTO?**

// DISPUTE SETTLEMENT BODY OF THE WTO:
ACCESS TO DEVELOPING COUNTRIES?

Inez Lopes

>> **RESUMO // ABSTRACT**

O presente artigo tem por objetivo analisar a importância do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) como mecanismo para a manutenção do sistema multilateral do comércio em nível global, em especial no que diz respeito ao acesso à jurisdição pelos Estados-membros. A partir das análises quantitativa e qualitativa, o texto examina a atuação dos países em diferentes graus de desenvolvimento e procura demonstrar a participação perante o OSC reflete as assimetrias existentes nas regras do comércio internacional. Apesar dos grandes avanços na criação de um foro permanente para tratar das disputas comerciais entre os Estados-membros, constata-se que os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento de renda alta ou média são os maiores beneficiados. O acesso à jurisdição da OMC pelos países menos desenvolvidos é um avanço, mas, paradoxalmente, também uma negação da plena eficiência do sistema, como se verá à frente. O artigo destaca, ainda, os países mais ativos e os acordos que são colocados em xeque perante o OSC e a participação do Brasil como *global player* na lógica da globalização econômica. Por fim, tenta mostrar por que uma reforma ou revisão do sistema é essencial para que o OSC garanta o direito ao princípio do tratamento especial e diferenciado, principalmente às nações menos desenvolvidas, e promova maior igualdade entre os membros, solucionando os conflitos de maneira mais equânime. // This article aims to analyze the importance of the Dispute Settlement Body (DSU) of the World Trade Organization (WTO) as a mechanism for maintaining the multilateral trading system at the global level, in particular as regards access to the jurisdiction by member states. From the quantitative and qualitative analysis, the paper examines the performance of countries at different levels of development and seeks to demonstrate that existing asymmetries in the international trade rules and your reflexes to the OSC. Despite major advances in the creation of a permanent forum to address trade disputes between member states, it appears that developed countries and developing high-and middle-income countries are the biggest beneficiaries. Access to the jurisdiction of the WTO by the least developed countries is an improvement, but, paradoxically, also a denial of the full efficiency of the system, as will be seen ahead. The article also highlights the most active countries and agreements that are put in check before the OSC and the participation of Brazil as a global player in the logic of economic globalization. Finally, attempts to show why reform or revision of the system is essential for the OSC guarantees the right to the principle of special and differential treatment, especially to less developed nations, and promote greater equality between members, resolving conflicts in a more equitable manner.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Organização Mundial do Comércio. Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Sistema Multilateral do Comércio. Acesso à jurisdição. Efetividade. // World Trade Organization. Dispute Settlement Body. Multilateral Trading System. Access to jurisdiction. Effectiveness.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professora de Direito Internacional Privado e Público, Universidade de Brasília, Brasil. // Professor of Private and Public International Law, University of Brasilia, Brazil.

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial do Comércio (OMC) tem por objetivo a aplicação, administração e funcionamento do sistema multilateral do comércio e é o principal foro de negociações comerciais das 160 nações que dela fazem parte. A instituição foi criada na Rodada Uruguai (1986-1994), e compõe um dos três pilares que sustentam a atual ordem econômica internacional – os outros são o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. Além de estabelecer um novo marco no sistema multilateral do comércio, substituindo o antigo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), a OMC adota um novo regime de solução de disputas comerciais entre os Estados na ordem global. O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) passa a ser o principal foro para dirimir litígios. Diferentemente do sistema do GATT-1947 (artigos XXII e XXIII), que tinha como base a *diplomatic orientation* (caracterizada pelo controle dos Estados-membros na busca de soluções de seus litígios), o OSC está alicerçada na *rule orientation* (i.e. produção, observação e aplicação das normas da OMC). Em 47 anos, o sistema de controvérsias do GATT recebeu quase 300 casos de disputas comerciais, contra os 488 que a OMC registrou em 20 anos de existência. O número reduzido de casos no sistema do GATT se explica pela menor quantidade de participantes, de acordos comerciais e de setores da atividade econômica sob a jurisdição do órgão.¹

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC representa uma das instituições mais atuantes e dinâmicas das relações interestatais. Atualmente, a OMC é composta por 160 Estados-membros², o que representa 83% do total de países participantes da Organização das Nações Unidas (193). O elevado número de participantes dá maior legitimidade ao órgão em comparação ao sistema anterior, considerando-se que a OMC é uma organização fundada na ideia de um *single undertaking*, isto é, possui uma natureza de ordenamento jurídico unificado, e não de natureza contratual, como foi o GATT *à la carte*.³ Em quase 20 anos da existência da OMC e de seu sistema de solução de controvérsias, os 488 casos entre os países-membros, sobre os mais diversos assuntos, revelam certa confiabilidade no sistema multilateral do comércio, afastando-se a possibilidade de se recorrer a ações unilaterais ou a outros foros de solução de disputas para questões relacionadas às normas da OMC.

O presente artigo objetiva demonstrar a importância do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC como órgão de “adensamento de juridicidade”, uma ferramenta capaz de estabelecer o respeito ao sistema multilateral do comércio em nível global e uma obrigação de resultados. Todavia, apesar da legitimidade institucional, as assimetrias existentes no acesso ao principal “tribunal econômico internacional” – principalmente em relação aos países em ou de menor desenvolvimento econômico – servem de empecilho à promoção de um sistema multilateral do comércio justo e eficiente.

O artigo está dividido em sete partes. A primeira analisa brevemente o sistema de solução de controvérsias na OMC, da passagem do antigo sistema do GATT e o funcionamento do OSC. Os contenciosos apresentados ao

Órgão de Solução de Controvérsias são abordados na segunda parte, com uma análise quantitativa das atuações dos Estados-membros como reclamantes, demandados e terceiros interessados. Também traz um levantamento dos países que mais utilizam o sistema e os acordos comerciais questionados em cada caso perante o OSC. Os benefícios do sistema de solução de controvérsias e sua evolução a partir das experiências do antigo GATT são analisados na terceira parte. Apesar do pleno funcionamento, uma revisão no atual sistema faz-se necessária. A quarta parte examina sua efetividade a partir das críticas quanto ao acesso ao órgão, aos instrumentos, à igualdade processual, à aplicação do princípio do tratamento especial e diferenciado no OSC e ao problema do *fact-finding*. A quinta parte analisa o acesso internacional à justiça perante OSC e a atuação do Conselho Consultivo sobre Direito da Organização Mundial do Comércio (ACWL). A sexta parte aborda brevemente a questão das sanções, em especial os efeitos das retaliações como medidas adotadas em caso de descumprimento de decisões, e discute a possibilidade de se adotar compensações monetárias aos países menos desenvolvidos em caso de violação pelos países industrializados. Por fim, a última parte apresenta a importância do Brasil como um *global player* no cenário do sistema multilateral do comércio mundial e como um dos principais países em desenvolvimento a utilizar o sistema de controvérsias.

1. SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC

O sistema de solução de controvérsias da OMC constitui um importante mecanismo para lidar com as disputas no comércio internacional, objetivando garantir maior segurança e previsibilidade ao sistema multilateral do comércio, de acordo com o artigo 2º do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), e oferecer maior equilíbrio às relações entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. O atual mecanismo contrasta com o antigo sistema de solução de controvérsias do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), já que outorgava poder de veto aos países desenvolvidos em face das reclamações oriundas dos países em desenvolvimento, estabelecendo uma relação de desigualdade “processual” entre os seus membros.

Esse sistema é visto como um *confidence building measure* que estabelece um *iter* jurídico para a pacificação dos conflitos de interesses interestatais e de seus mercados, o ESC prevê fases procedimentais (consultas – grupo especial – apelação – implementação – supervisão da aplicação–compensação e suspensão de concessões), que possibilitam que os Estados-partes possam chegar a um acordo pelas vias diplomáticas antes mesmo de iniciar os procedimentos perante o órgão de solução de controvérsias.

Considerando o sistema de solução de controvérsias como uma obrigação jurídica de todos os Estados-membros contemplada no acordo de Marraqueche, fundada no *rule of law*, as suas normas devem ser cumpridas de boa-fé. Representa, ainda, continuidade e mudança em relação ao

antigo sistema do GATT, uma vez que há uma superação do conceito de *rebalancing concessions* para *trade sanctions*.

A ideia de criação de um novo órgão se deveu a um fracasso relativo do antigo GATT em face de inúmeros problemas, dentre eles a falta de transparência, a ausência de sanções, certeza e previsibilidade nas regras procedimentais para dirimir disputas, a discricionariedade dos atos das partes contratantes (uma vez que inexistia um direito à constituição de um painel), a ausência de rigor e clareza nas decisões, a demora na adoção de recomendações, o descumprimento parcial ou total da decisão proferida e a falta de especialistas em comércio internacional entre os “juízes” do sistema de solução de controvérsias. Adiciona-se, ainda, a ausência de poder político para bloquear o próprio funcionamento do sistema e a concentração das reclamações nos países desenvolvidos – Estados Unidos e países da Comunidade Econômica Europeia foram responsáveis por 92% das reclamações.⁴ Contudo, apesar desses problemas, as decisões do antigo sistema do GATT constituem precedentes jurisprudenciais no atual sistema da OMC.

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC é responsável pela aplicação do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias e tem por funções, nos termos do artigo 2º, §1º, (i) estabelecer grupos especiais, (ii) acatar relatórios dos grupos especiais e do órgão de Apelação, (iii) supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e (iv) autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos.

Segundo Amaral Júnior, o ESC “combinou a lógica diplomática, que privilegia a negociação direta entre os interessados, à lógica jurisdicional, com o reforço das garantias procedimentais e a produção de decisões obrigatórias para as partes da disputa”.⁵ Além disso, o “adensamento da juridicidade” no sistema de controvérsias da OMC “reduziu a dimensão diplomática – caracterizada pelo controle político dos Estados-membros no encaminhamento das soluções – por meio da multiplicação das normas secundárias que regem a organização e o funcionamento do sistema”.⁶

Além disso, três outras questões caracterizam o “adensamento de juridicidade”: a primeira consiste na criação da regra de consenso invertido nas tomadas de decisões do OSC; a segunda diz respeito à automaticidade de jurisdição, nos termos do artigo 6º do ESC⁷; e a terceira estabelece a criação do direito do “duplo grau de jurisdição”, com a possibilidade de recurso da decisão do grupo especial ao órgão de apelação, com direito ao relatório deste órgão apelante.⁸ O grupo especial, composto por três pessoas qualificadas, tem por funções avaliar objetivamente os fatos e as provas apresentadas pelas partes e aplicar as regras previstas nos acordos da OMC. Suas decisões e recomendações são publicadas em um relatório final. Ao Órgão de Apelação compete examinar as questões jurídicas relacionadas à interpretação das normas da OMC das decisões dos grupos especiais, exercendo um “controle de legalidade”⁹ no exame dos direitos estabelecidos pelo sistema multilateral do comércio. O órgão de apelação poderá confirmar, modificar ou revogar a decisão jurídica do grupo especial, mas não poderá examinar questões de direito não ventiladas no relatório.

As transformações do antigo para o novo sistema de solução de disputas da OMC demonstram uma diminuição nas relações de poder entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento em relação ao sistema anterior do GATT. Além do mais, são mudanças importantes para evitar o unilateralismo político por parte das grandes potências, para impedir o “bloqueio unilateral” dos Estados no cumprimento das recomendações feitas no relatório do OSC e para permitir maior participação dos países em desenvolvimento como reclamantes no contencioso da OMC.

Embora o acesso ao sistema de solução de controvérsias se apresente como um mecanismo exclusivamente interestatal, as disputas travadas são para a defesa de interesses de mercados nacionais e das empresas multinacionais. Além dos atores de direito internacional público, os atores privados são direta e indiretamente afetados pelas decisões tomadas no seio da OMC. As recomendações do OSC têm reflexos nas relações de poder entre os países envolvidos na disputa, nas políticas comerciais nacionais dos Estados e nas atividades comerciais dos agentes econômicos.

Desse modo, a utilização do direito para solucionar litígios interestatais demonstra uma passagem do sistema do *power-oriented* para o *rule-oriented*¹⁰, fortalecendo, em certo grau, o poder dos países em desenvolvimento no sistema multilateral do comércio. Nesse sentido, “as regras eliminam a atuação oportunista dos países com mais poder e impedem que a condição relativa de poder entre as partes interfira no julgamento do contencioso”.¹¹

Todavia, o acesso ao sistema está concentrado em poucos países. Do total de casos, apenas 43,12% dos Estados-membros estão diretamente envolvidos nas disputas comerciais. Isso representa menos da metade dos membros da OMC, considerando que a União Europeia é composta por 28 países e nem todos estão diretamente envolvidos nos litígios internacionais. Isso se demonstra pela recentemente mudança nos registros do OSC, que passou a adotar as expressões “União Europeia e um Estado-membro” e “União Europeia e certos Estados-membros”. Observa-se que em vinte anos de funcionamento do “tribunal” da OMC, mais de 41% dos casos estão concentrados nas disputas promovidas pelos Estados Unidos e pela União Europeia, seja como reclamantes, seja como demandados. Apesar disso, os 488 casos na OMC comprovam um verdadeiro “ativismo judicial” por parte dos países-membros perante o OSC.

No que tange à efetividade do OSC, o fato de os Estados-membros utilizarem o sistema de solução de controvérsias da OMC demonstra maior confiabilidade nas atuais regras da OMC e no mecanismo para a solução de litígios. McRae afirma que os mecanismos de solução de controvérsias desempenham um papel importante em nossos sistemas jurídicos domésticos “fornecendo uma alternativa ao comportamento unilateral e arbitrária por aqueles que consideram que seus direitos foram violados”.¹² Nesse sentido, o autor assevera que o OSC pode ser visto como efetivo, já que alguns membros da OMC têm utilizado o sistema e não ignoram as suas obrigações e buscam outras maneiras de resolver seus litígios de acordo com as regras da organização.

Apesar da incontestável efetividade do sistema de solução de controvérsias da OMC em termos de previsibilidade, confiabilidade e segurança em relação aos mecanismos de implementação, supervisão e compensação, resta saber se todos os Estados membros são beneficiados e têm igual acesso ao sistema, nos termos do parágrafo 2º do preâmbulo do Acordo de Marraqueche.

2. ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA

Desde a criação do Órgão de Solução de Controvérsias no seio da OMC, foram promovidas 488 reclamações pelos Estados-membros. Esses precedentes têm construído e consolidado o sistema multilateral do comércio na OMC, com base nos questionamentos que foram e são levantados perante o OSC. Assim, os países mais ativos têm maiores chances de defesa de seus interesses no mercado global.

O levantamento e a análise dos contenciosos levados ao OSC possibilita examinar o quantitativo de participantes, as formas de participação dos Estados-membros da OMC como reclamantes, demandados e terceiros interessados, os mais ativos e menos ativos e os acordos comerciais mais questionados.

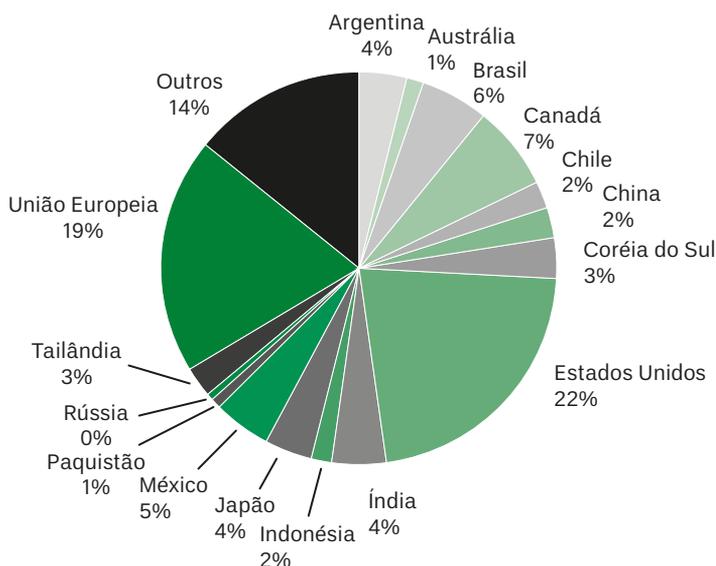
2.1 RECLAMAÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS

Uma das características primordiais do sistema multilateral do comércio da OMC é a consolidação de um “tribunal” para que os países pudessem resolver suas disputas comerciais internacionais e a defesa de seus mercados, a fim de promover uma concorrência leal e saudável. Para isso, as assimetrias existentes precisam ser diminuídas para que os Estados, de fato, confiem em um sistema que beneficia todos os seus membros. Não se trata de um jogo de soma zero.

Apesar das profundas mudanças do sistema do GATT para o da OMC, observa-se que os países do G7 (Canadá, Estados Unidos, Japão, Alemanha, Itália, Reino Unido e França) ainda mantêm o domínio sobre o número de reclamações. São responsáveis pela maioria dos pedidos perante o OSC (Canadá, Estados Unidos, Japão e União Europeia somam 52,25%, o equivalente a 255 casos).

Observa-se que houve um profundo avanço para incluir novos atores nas disputas comerciais internacionais, pois há maior participação dos países em desenvolvimento nas demandas perante o OSC, como Argentina, Austrália, Brasil, Chile, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México, Tailândia e a recente entrada da Rússia, que totalizam 32,99% das reclamações, correspondendo a 161 casos (tabela 1).

RECLAMANTES PERANTE O OSC - NÚMERO DE CASOS - % DE PARTICIPAÇÃO



Fonte: OMC. Dados obtidos em 23/12/2014 (<http://www.wto.org>)

Os países do BRICS somam 12,7% do total de casos (62) perante o OSC, embora a África do Sul não tenha registrado uma única reclamação, a exemplo das demais nações africanas.

No continente americano, o número de casos se concentrou nos países em desenvolvimento de alta renda, como Argentina (20), Brasil (27), Chile (10) e México (23), não obstante as reclamações promovidas pela Colômbia (5), Costa Rica (5), Equador (3), Guatemala (9), Honduras (8), Panamá (7), Peru (3), Uruguai (1) e Venezuela (1). Esses países juntos representam 25% do total de reclamações perante o OSC (122 casos).

Na Ásia, somente um país classificado como de menor desenvolvimento econômico, Bangladesh, promoveu uma reclamação, perante o OSC.

Por fim, a pesquisa aponta que dos 160 Estados-membros da OMC, 43 são responsáveis por 86,06% das reclamações. Os demais países, que compõem 73,12% do total de membros da OMC, totalizaram 14% das reclamações – ressalta-se que somente alguns países atuaram como demandantes. Esses dados demonstram que há uma desigualdade na acessibilidade ao sistema do OSC, que afeta principalmente os países menos desenvolvidos.

Destaca-se, ainda, a existência de algumas reclamações com “litiscôncórdio” ativo, isto é, com pluralidade de reclamantes (DS16, DS27, DS29, DS35, DS217), questionando o regime de importação de bananas, as restrições às importações de têxteis, os subsídios a produtos agropecuários e o dumping. De acordo com o artigo 9º do ESC, que estabelece procedimento para pluralidade de partes reclamantes, deverá se constituir um único grupo especial para examinar as reclamações, sempre que possível.

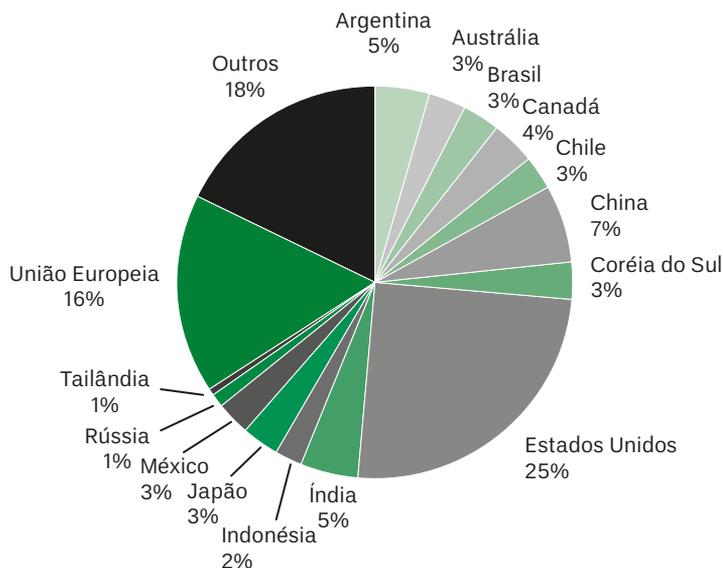
2.2 ESTADOS-MEMBROS DEMANDADOS

Aos Estados-membros que são demandados por outros países perante o sistema de solução de disputas da OMC resta apenas o direito de se defender, arcando com todos os custos necessários à solução do litígio internacional.

Na relação de demandados perante o OSC-OMC, Estados Unidos e União Europeia foram acionados em 41,59% dos casos (2013). Esses números não incluem reclamações contra vários países membros da União Europeia individualmente. Países membros da União Europeia aparecem como demandados isolados em alguns casos, como Alemanha (2), Bélgica (3), Dinamarca (1), Espanha (3), França (4), Grécia (3), Hungria (2), Irlanda (3), Itália (1), Países Baixos (3), Polónia (1), Portugal (1), Reino Unido (1), República Tcheca (2) e Suécia (1). Consequentemente, o acréscimo de mais 39 casos e as reclamações contra Japão e Canadá totalizam 236 casos. Em outras palavras, Estados Unidos, União Europeia, Japão e Canadá são os mais demandados com 56,35% do total.

No que se refere à participação dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos como demandados, eles foram acionados em 165 ocasiões, representando um total de 33,81% (Tabela 2). Além disso, vários países em desenvolvimento e menos desenvolvidos foram acionados uma única vez, como Uruguai, Panamá, Malásia, por exemplo; outros foram demandados duas, três ou mais vezes, conforme demonstra a Tabela 2, que apresenta os países mais requeridos perante os ESC.

DEMANDADOS PERANTE O OSC - OMC
NÚMEROS DE CASOS - % DE PARTICIPAÇÃO



Fonte: OMC. Dados obtidos em 23/12/2014 (<http://www.wto.org>)

Com relação aos países que formam o BRICS, eles foram demandados em 15,98% do total de casos, sendo que a África do Sul, e a Rússia foram acionadas em quatro e cinco casos, respectivamente.

Uma leitura da análise da participação dos países em desenvolvimento do continente americano revela que Argentina (22), Brasil (15), Chile (13) e México (14) são os principais ativos como demandados, não obstante as reclamações promovidas contra Colômbia (4) Equador (3), Peru (5), Uruguai (1) e Venezuela (2). Esses países representam 16,18% dos países mais demandados perante o OSC.

À exceção da África do Sul e do Egito, que foram demandados quatro vezes cada, os demais países africanos não tiveram qualquer envolvimento como demandados. Isso demonstra que a atual divisão do trabalho e as regras do comércio internacional afastam a participação dos países africanos da competição do mercado global, tornando essas economias quase inexpressivas ao ponto de não pôr em risco os grandes negócios internacionais.

2.3 PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS COMO TERCEIROS INTERESSADOS

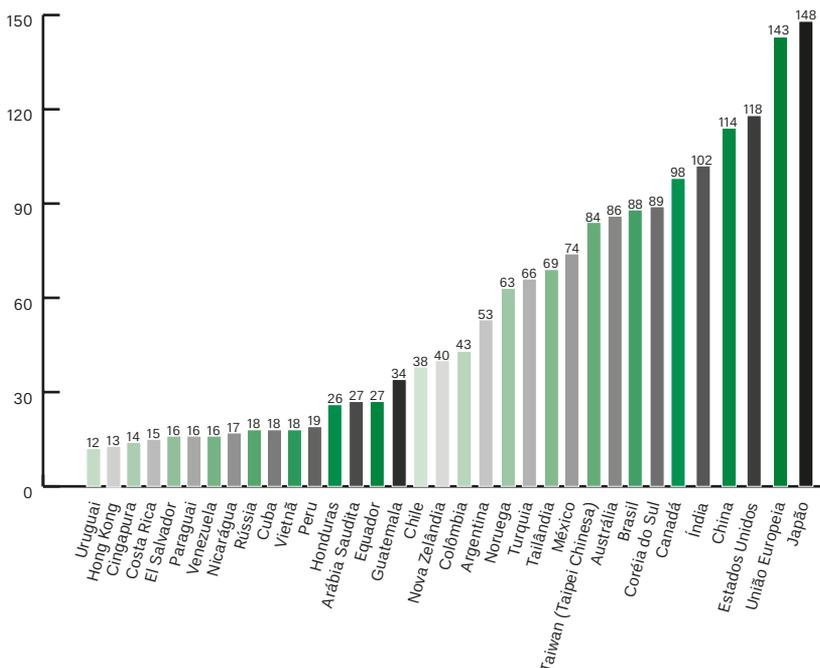
O artigo 10 do ESC estabelece o direito de todos os membros da OMC de serem ouvidos e de apresentarem comunicações em contenciosos que versem sobre assuntos de seu interesse, submetidos a um grupo especial. Esse direito constitui um dos balanços positivos no sistema de solução de controvérsias da OMC, uma vez que possibilita aos países “pegarem carona” nas grandes discussões globais sobre comércio internacional. Consequentemente, os Estados-membros interessados defendem seus interesses em assuntos particulares de suas economias e, paralelamente, somam esforços para que o Estado demandado, que supostamente tenha agido contrariamente às normas do sistema multilateral do comércio da OMC, seja responsabilizado e modifique seu comportamento para atuar de acordo com as regras do jogo.

Destaca-se a participação dos países industrializados na utilização desse direito perante o sistema de solução de controvérsias. Interessante observar que diferentemente do que ocorre em relação aos reclamantes e demandados, a União Europeia (143 casos) e os Estados Unidos (118 casos) ocupam a segunda e terceira colocações em termos de liderança, respectivamente. O Japão é o país mais ativo como terceiro interessado (148 casos). Veja Tabela 3.

Entre os BRICS, China, Índia e Brasil também estão no topo da participação das disputas como terceiros com 114, 102 e 88 casos, respectivamente. Embora a Rússia tenha atuado em apenas 18 casos, ressalta-se que sua admissão na OMC só ocorreu em 22 de agosto de 2012. A África do Sul atuou apenas em sete casos com terceiro interessado.

TERCEIROS INTERESSADOS

Número de casos



Fonte: OMC. Dados obtidos em 23/12/2014 (<http://www.wto.org>)

Observa-se que o direito previsto no artigo 10 do ESC tem forte repercussão na participação de países menos desenvolvidos. Os países do continente africano, por exemplo, têm uma participação muito maior como terceiros do que como reclamantes ou demandados. Apesar disso, esses países são os que menos se favorecem dos benefícios do sistema de solução de controvérsias da OMC. O número de casos de países africanos participantes como terceiros interessados totaliza 56 (África do Sul, 7; Chade, 1; Costa do Marfim, 4; Egito, 7; Gana, 1; Quênia, 3; Madagascar, 4; Maurícia, 6; Namíbia, 1; Nigéria, 6; Senegal, 2; Suazilândia, 3; Tanzânia, 3; Zâmbia, 2; Zimbábue, 6). Esses dados comprovam a elevada assimetria no sistema multilateral do comércio. A participação dos países do continente africano perante o sistema de solução de controvérsias com terceiros interessados é de apenas 11,47% do total de participantes.

Embora a participação de terceiros interessados possa aumentar os custos do litígio perante o OSC, o envolvimento desses países é importante principalmente para os mais pobres, uma vez que podem se beneficiar de reclamações feitas contra os países industrializados, caso a disputa seja bem-sucedida, ou aumentar as chances de negociar uma resolução para as disputas comerciais. Outra vantagem é a probabilidade de serem ouvidos. Dessa maneira, o fato de um membro ter a opção de apresentar uma disputa perante o OSC em qualquer fase, ainda é uma melhor solução do

que não litigar, pois isso não traz nenhum benefício em termos de acesso a mercado.¹³ Assim, fortalecer a participação e os direitos de terceiros é ferramenta vital para a “saúde do regime multilateral” do comércio.¹⁴

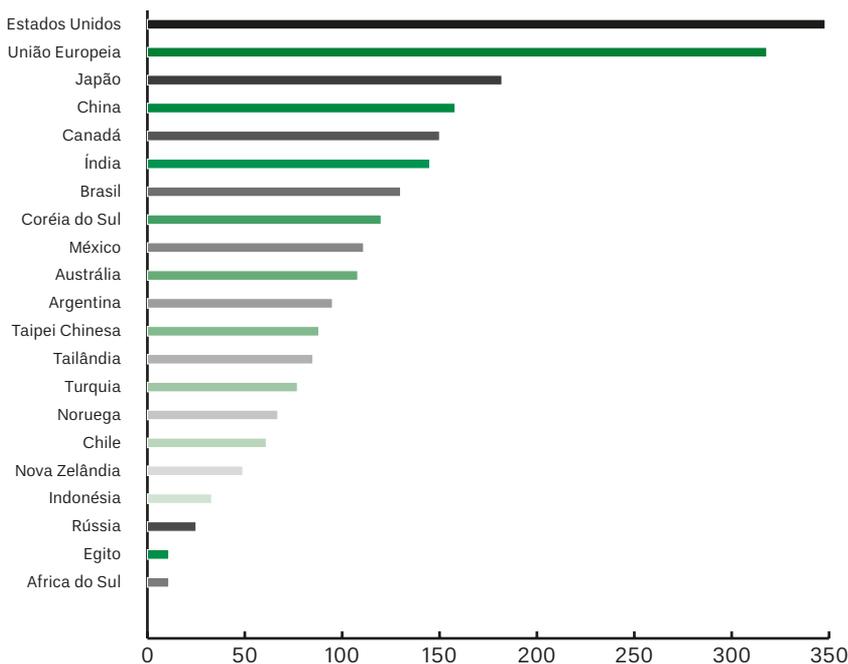
2.4 ESTADOS-MEMBROS MAIS ATIVOS

Os países mais ativos da OMC são os que estão entre as maiores economias do mundo. Os países em desenvolvimento mais participantes são aqueles de alta ou média renda. Os demais países em desenvolvimento de renda baixa e os menos desenvolvidos têm participação pouco expressiva perante o sistema de solução de controvérsias da OMC.

A Tabela 4 apresenta um ranking de países mais ativos, com o total de casos em que um Estado-membro atuou ou está atuando em todos os polos da relação processual, seja como reclamante, demandado ou terceiro interessado. Os países do G7 são os que mais utilizam os mecanismos do OSC. Dos 488 contenciosos, os Estados Unidos se envolveram em mais de 70% do total, seguido por União Europeia, com atuação em 65,16% dos casos, seguidos pelo Japão e Canadá, ambos com participação de 37,3% e 30,73%, respectivamente.

PAÍSES MAIS PARTICIPANTES DO OSC-OMC

Número de casos por país (reclamante, demandado e terceiro perante o OSC)



Em termos geopolíticos, a participação por continente se concentra em cinco países das Américas, a União Europeia, seis países asiáticos e dois países da Oceania. Somente dois países africanos tem participação acima de dez casos, os demais participam abaixo de seis casos. Isso reflete a divisão das riquezas do mundo por continente. Os países africanos são os que menos participam do jogo do comércio internacional, com números bastante inexpressivos. Até que ponto o OSC poderá promover políticas que garantam maior acesso ao sistema de solução de litígios internacionais? Até que ponto as regras do comércio internacional podem ser interpretadas de modo a favorecer a participação de todos os países? Um sistema multilateral do comércio que mantém exclusão de todo um continente e de vários países menos desenvolvidos, não pode ser considerado eficiente.

2.5. ACORDOS COMERCIAIS EM XEQUE

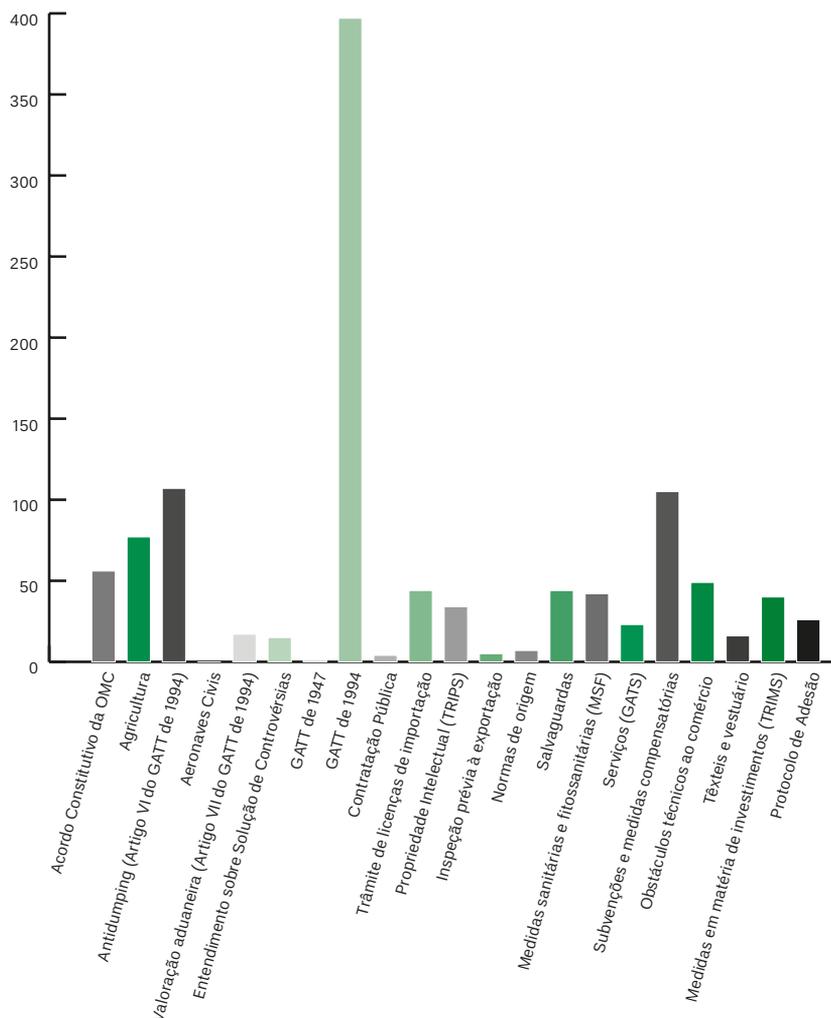
As regras de direito são asseguradas pelo sistema de disputas comerciais estabelecidos no sistema multilateral da Organização Mundial do Comércio (OMC), na qual os Estados-membros têm direito de fazer reclamações de supostas violações ao acordo constitutivo do organismo e aos demais acordos contidos nos anexos.

O exame de admissibilidade de uma reclamação por um Estado-membro é de competência do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que pode estabelecer grupos especiais, acatar relatórios dos grupos especiais e do órgão de apelação, supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos, conforme dispõe o artigo 2º, §1º. Além disso, o OSC é responsável pelas disposições em matéria de consultas. O membro reclamante deve submeter o pedido para consultas perante o OSC, identificando os acordos que acredita terem sido violados por um ou mais membros.

Com relação ao conteúdo das normas da OMC, nestes 20 anos, foram 488 reclamações, colocando em xeque a efetividade no cumprimento de mais de 22 acordos por parte dos Estados-membros. Muitos desses acordos são questionados numa mesma reclamação. Os acordos mais citados nas demandas são: o GATT 1994 em 397 casos, questionado em mais de 80% dos casos; o antidumping em 107 casos (21,92%); a subvenção e medidas compensatórias em 103 casos (21,10%); a agricultura em 77 casos (15,77%); o acordo constitutivo da OMC em 56 casos (11,47%); obstáculos ao comércio em 49 casos (10%); as salvaguardas e o trâmite de licença de exportação em 44 casos (9%). A Tabela 5 apresenta os acordos comerciais OMC e o número de casos apontados nas reclamações perante o OSC. (Tabela 5)

PAÍSES MAIS PARTICIPANTES DO OSC-OMC

Contentiosos por acordos, citados no pedido de consultas



Fonte: OMC. Dados obtidos em 23/12/2014 (<http://www.wto.org>)

Estes temas apontam as matérias que provocam as principais “guerras jurídicas comerciais” do mercado internacional. Observam-se reclamações comuns entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento perante o OSC. Com relação às medidas antidumping para a defesa comercial, desde a criação da OMC em 1995 até 2013, o Brasil, por exemplo, tem aplicado medidas de defesa comercial, contabilizando um total de 439 casos, com ou sem aplicação do direito, contra diversos países, dentre eles China, Estados Unidos, Índia, Rússia e alguns da União Europeia. Alguns desses casos ainda não tiveram a investigação concluída.¹⁵

No que concerne às medidas em matéria de investimentos relacionados ao comércio, o Brasil foi demandado em quatro casos (DS1, DS52, DS65 e DS81), por reclamações feitas pela União Europeia, Estados Unidos e Japão. Por outro lado, Filipinas (DS195) e Índia (DS 175) reclamaram contra os Estados Unidos sobre o tema.

Além do mais, a experiência do OSC demonstra maior equilíbrio entre os Estados-membros, com a possibilidade de participação de terceiros interessados, que implica um “empoderamento” para as economias menos desenvolvidas. Isso exige desses países maior controle doméstico do comércio exterior, permitindo-lhes como terceiros usufruir de uma “otimização processual” – apesar da elevação de custas– sobre assuntos afetos aos demais Estados acometidos por práticas desleais do comércio, quase como um “direito individual homogêneo” (nas ações coletivas).

Interessante observar que em nenhum caso foi posto em xeque o acordo sobre aeronaves civis (tabela 5), mas oito casos são relativos a produção de aeronaves. Contudo, os acordos questionados são relativos ao GATT 1994, ao Entendimento relativo às Normas e Procedimentos de Soluções de Controvérsias e aos subsídios e medidas compensatórias nas exportações.

Desse modo, o ativismo jurídico tanto dos países em desenvolvimento quanto desenvolvidos demonstra certo grau de confiança no sistema do OSC da OMC. Apesar das assimetrias, este é um ponto positivo.

3. BENEFÍCIOS DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

Apesar de o sistema de solução de controvérsias da OMC ser uma continuidade do modelo anterior do GATT, constatam-se profundas mudanças quer na estrutura, quer nos procedimentos do OSC. De acordo com Varella, a estrutura do sistema foi criada “inicialmente não como um órgão jurisdicional, mas como mais um instrumento diplomático de solução de conflitos, e isso é um problema para a consolidação da legitimidade do mesmo”.¹⁶ Contudo, desde os primeiros casos, a atuação do OSC foi marcada por um viés jurisdicional, ainda que buscasse resolver as disputas amigavelmente entre os Estados-membros, a fim de evitar tensões e mesmo guerras.

A acessibilidade ao sistema de solução de controvérsias da OMC está concentrada em três países (Canadá, Estados Unidos e Japão) mais União Europeia, totalizando 52% do total de casos, isto é, mais da metade dos contenciosos. Por outro lado, em termos comparativos ao antecessor GATT, há um considerável aumento da participação dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, quer como reclamantes, quer como terceiros interessados. De acordo com o artigo 10, § 2º do ESC,

Todo Membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido a um grupo especial e que tenha notificado esse interesse ao OSC (denominado no presente Entendimento “terceiro”) terá oportunidade de ser ouvido pelo grupo especial e de apresentar-lhe comunicações

escritas. Estas comunicações serão também fornecidas às partes em controvérsia e constarão do relatório do grupo especial.

Outra modificação em sua estrutura foi o fortalecimento de um sistema jurídico internacional, um verdadeiro “adensamento de jurisdição”, com a aplicação das regras de direito, direcionando as atividades de uma *power orientation* do antigo GATT para uma *rule orientation*. Isso fortaleceu o sistema para diminuir as pressões políticas das grandes potências econômicas. Além disso, constata-se uma diminuição das assimetrias existentes entre os Estados, para fortalecer os países de renda alta e média, reforçando o sentimento de um procedimento justo, já que há muitos casos de reconhecimento de violações às normas da OMC pelos países desenvolvidos.

O elevado grau de normatização das operações do OSC está cada vez mais consolidado quer pelo Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), quer pela normatização produzida nos pareceres técnicos nas decisões dos grupos especiais ou painéis. Para Carvalho, “o conhecimento dos textos legais, a capacidade de lidar com conhecimento jurídico e o grau em que a cultura jurídica de um país converge com a do ESC são fatores que cooperam para que um país tenha acesso e vitória ao acionar o OSC”.¹⁷

No que tange aos procedimentos, as ações do OSC se pautam, precipuamente, por manter o comércio entre as partes ativo, procurando mais a conciliação entre os países-membros do que indenizações por prejuízos sofridos. Segundo McRae, o sistema do OSC despolitiza as disputas entre os países e destaca a importância na natureza informal do processo na OMC:

*Minimiza a importância diplomática do diferendo e fornece um meio prático de resolvê-lo. Este é assistido pela natureza informal do processo da OMC. O uso de e-mail para a apresentação de alegações, o uso de salas de conferências, salas de audiência e de a informalidade relativa do painel e até mesmo de Apelação audiências corpo, tudo contribui para tornar o processo de solução de controvérsias uma forma padrão ou rotina de conduzir as relações entre os estados.*¹⁸

Há um sistema jurisprudencial consolidado em mais de 480 casos. Esses precedentes jurisprudenciais contribuem tanto para aumentar a confiabilidade no sistema e quanto para dar maior segurança jurídica nas relações interestatais. A atuação do OSC no julgamento dos casos tem sido importante na interpretação dos acordos internacionais, solucionando as lacunas existentes e as ambiguidades contidas nos tratados internacionais. Assim, o OSC da OMC tem sido responsável por promover o cumprimento do marco regulatório de direito do comércio internacional.

A celeridade na análise dos conflitos, comparados com o sistema do antecessor, tem contribuído para que os Estados-membros busquem solucionar suas disputas comerciais perante o OSC.

A legitimidade do sistema é um aspecto importante apontado por Varella, motivados pela “adoção constante dos relatórios pelo OSC, uma

análise jurídica densa e relativamente uniforme ao longo das decisões, imparcial, um alto índice de efetividade das decisões, o que leva a uma maior participação dos países em desenvolvimento no sistema”.¹⁹

4. CRÍTICAS AO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

Embora tenha havido mudanças positivas no acesso ao sistema do OSC, a pesquisa realizada demonstra que 86% das reclamações estão concentradas em 43 países. Bangladesh aparece como o único país de menor desenvolvimento econômico (PMD) a fazer uma reclamação contra a Índia, questionando as medidas antidumping aplicadas sobre as baterias oriundas de seu território. Nesse sentido, Carvalho afirma que

*O desempenho dos Estado- membros junto ao OSC varia de acordo com a classe de nível renda. Os membros desenvolvidos, em primeiro lugar, e os membros em desenvolvimento com renda média alta, em segundo, possuem mais recursos para utilizar o OSC e, portanto, são aqueles que o fazem com mais frequência.*²⁰

Em sentido diametralmente oposto, apesar do aumento na participação dos países em desenvolvimento comparado com o antigo GATT, as assimetrias entre os Estados-membros da OMC ainda são vistas como pontos negativos, uma vez que afetam diretamente o acesso ao sistema e põem em dúvida a real eficiência de atuação do OSC. Carvalho aponta, ainda, os seguintes problemas: “o conhecimento técnico e jurídico do conjunto de regras que embasam a operação do OSC, os recursos materiais e o tamanho do mercado”.²¹ Na mesma direção, Amaral Júnior afirma que o sistema de solução de controvérsias da OMC “encerra um paradoxo” e, neste contexto, os principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento são “os elevados custos econômicos do litígio, o temor de reações adversas por parte dos países desenvolvidos, a falta de experiência e a capacitação técnica, além da ineficácia das regras sobre a execução das decisões”.²²

No que concerne ao exercício de direitos dos países perante o OSC, Blancas afirma que as restrições financeiras, humanas e institucionais podem impedir os membros da OMC de exercer seus direitos estabelecidos no ESC, e podem criar assimetrias que impactam na habilidade dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos de obterem resultados favoráveis em relação à suas reclamações e de se beneficiarem totalmente e fazerem uso dos mecanismos do sistema de solução de controvérsias da OMC.²³ Neste contexto, Bohl afirma os países de economias menores tendem ou a se coibir de participar de disputas comerciais ou são incapazes de acessar ao sistema pelos seguintes motivos: além da falta de recursos e de capacidade institucional, há falta de vontade política desses países. A autora destaca que “embora muitos estudiosos do comércio internacional visualizem o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (‘OMC’) como um sucesso,

a definição de ‘sucesso’ depende da perspectiva e da experiência de cada Estado-membro”.²⁴ Daí a necessidade de fortalecer a aplicação do tratamento especial e diferenciado nas disputas comerciais.

Quando os Estados-partes da OMC figuram como demandados, os países em desenvolvimento têm como uma de suas poucas escolhas fazer a própria defesa, uma vez que o sistema de solução de controvérsias da OMC é obrigatório.²⁵ Assim, o OSC é autônomo e tem capacidade para acolher o pedido do autor, tomar decisões, buscar informações e obtenção de provas, entre outras funções e atividades.

No que tange às diferenças econômicas entre os países, essas se apresentam como problema para que os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos possam, de fato, estar em condição de igualdade com os países industrializados. Carvalho destaca que

*Os países em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento relativo possuem assim desvantagens significativas para utilizar em toda a extensão os recursos disponíveis pelo OSC. As características de suas economias, menores, com pouca complexidade e muitas vezes dependentes do comércio com as economias maiores reduzem o seu poder de barganha e dificultam a possibilidade de que aqueles países possam fazer uso de sanções caso o país desenvolvido não implemente a decisão favorável estabelecida pelo painel.*²⁶

Outra crítica diz respeito à desconfiança no sistema de solução de litígios da OMC, uma vez que prevalece a confidencialidade nos procedimentos adotados pelo OSC para a análise de casos.²⁷ Ademais, a falta de critérios para avaliar os fatos e de regras para admissibilidade de provas são apontados como aspectos negativos do sistema. Todavia, cabe salientar que há regras e presunções relativas ao ônus da prova.²⁸ Uma reforma no sistema de solução de controvérsias é necessária para garantir maior confiança dos participantes e assegurar a adoção de medidas mais adequadas na aplicação de possíveis retaliações.

4.1 PRINCÍPIO DO TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO NO OSC

Reconhecendo as diferenças de desenvolvimento econômico entre os países, o sistema multilateral do comércio criou o princípio do tratamento especial e diferenciado, no âmbito do GATT, em 1979, com a Rodada Tóquio, e adotou a cláusula de habilitação (*enabling clause*) ou de decisão sobre tratamento diferenciado e mais favorável para os países em desenvolvimento²⁹. Essa cláusula “legitimou” o sistema geral de preferências e dispensou o tratamento mais favorável no que diz respeito às barreiras não tarifárias, às regras preferenciais de comércio para países em desenvolvimento e ao tratamento especial para os países menos desenvolvidos”.³⁰

A Rodada Uruguai continha algumas medidas sobre o tratamento especial e diferenciado, mas o resultado no entendimento único da OMC eliminou quase toda a flexibilidade anterior desfrutada pelos países em desenvolvimento.

Apesar disso, os países membros da OMC reconhecem, no parágrafo 2º do preâmbulo do acordo constitutivo da OMC, as diferenças de níveis de desenvolvimento econômico e a necessidade de esforços positivos para que os países em desenvolvimento e, principalmente, os menos desenvolvidos possam gozar dos benefícios do comércio internacional.³¹ Em razão disso, os acordos da OMC contêm 97 disposições sobre o tratamento especial e diferenciado, algumas obrigatórias, outras não.³² Segundo o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), “alguns desses dispositivos referem-se à conduta, proporcionando aos países em desenvolvimento espaço para execução de suas políticas. Outros se relacionam aos resultados, objetivando corrigir desequilíbrios entre procedimentos e resultados”.³³ O objetivo, portanto, é diminuir as assimetrias existentes entre os países membros da OMC com diferentes graus de desenvolvimento, favorecendo as economias menores.

Importante destacar dois pontos para avaliar até que ponto a aplicação desse princípio tem garantido aos países em desenvolvimento e aos menos desenvolvidos gozar dos benefícios do comércio internacional. O primeiro refere-se à atual divisão internacional do trabalho, em que países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos são os grandes produtores de *commodities* no mercado mundial, agregando pouco valor para o desenvolvimento econômico do Estado. O segundo ponto diz respeito à questão do acesso aos mercados de produtos do agronegócio, que são distorcidos pelos subsídios ainda não proibidos no comércio internacional, emperrados pelo impasse da Rodada Doha.

O OSC foi criado, primordialmente, para fazer cumprir os acordos do sistema multilateral do comércio da OMC, dando maior segurança e previsibilidade e para a manutenção do equilíbrio entre os direitos e obrigações dos membros, conforme dispõe o artigo 3º, §2 do ESC. O princípio do tratamento especial e diferenciado está distribuído de modo esparso em vários artigos.³⁴ Contudo, uma revisão na aplicação prática desses dispositivos merece estudos mais aprofundados para mensurar o grau de efetividade e se as formas adotadas têm garantido aos países em desenvolvimento e aos menos desenvolvidos uma igualdade jurídica processual.

4.2 O PROBLEMA DA *FACT-FINDING*

O grupo especial tem o direito a buscar informações e assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Estado membro, que tenha a obrigação de dar uma resposta rápida e completa, resguardando-se o direito de confidencialidade das informações obtidas, conforme dispõe o artigo 13 do ESC. No caso da reclamação promovida pela Comunidade Europeia contra os Estados Unidos sobre Direitos compensatórios sobre determinados aços planos resistentes à corrosão de carbono procedentes da Alemanha (WT/DS213/AB/R), o órgão de apelação do OSC destacou que, “embora os grupos especiais desfrutem de um poder discricionário nos termos do artigo 13 do ESC para buscar as informações de qualquer fonte relevante”, o artigo 11 não impõe aos grupos especiais a

obrigação de realizar sua própria investigação ou de preencher as lacunas dos argumentos apresentados pelas partes.³⁵

Observa-se que no poder de investigação dos fatos e da obtenção de provas, há diferenças entre os sistemas do direito comum e do direito civil, conforme destaca Howse:

Uma das diferenças fundamentais entre os dois tipos principais etne as ordens jurídica domésticas (direito civil e comum) a respeito dos poderes inerentes à função de averiguação de um juiz é saber se estes se estendem para a" função inquisitorial de buscar informação não chamou a atenção do adjudicator pelos litigantes, ou através de resumos de interventores. Nos sistemas de direito civil, falando cruamente, um papel tão inquisitorial é geralmente assumido como um poder judicial normal, enquanto na maioria dos tipos de litígios que não seria visto como adequação de um juiz "procurar" informações, uma autorização explícita era claramente necessário em virtude da escolha demembro da OMC para optar pelo modelo inquisitorial"³⁶

Entretanto, no que tange a tais diferenças sistêmicas, na reclamação apresentada pela Índia contra os Estados Unidos a respeito das medidas de salvaguardas transitórias que afetaram as importações de camisas e blusas de tecidos de lã procedentes desse país (WT/DS33/AB/R), o órgão de apelação decidiu que com relação à produção de provas, a regra de prova geralmente aceita nos sistemas jurídicos de direito civil e de direito comum na maioria das jurisdições é de que que o ônus incumbe à parte que alega, seja reclamante ou demandada. Se esta parte faz prova suficiente para estabelecer uma presunção de que o objeto da reclamação é verdadeiro, o ônus da prova da outra parte deve conter elementos de prova suficientes para ilidir a presunção.³⁷

O problema para os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos reside no custo operacional para apresentar as provas, seja na reclamação, seja na defesa. Provas elementares, por exemplo, como o registro da adoção de medidas antidumping ou de contestação de subsídios, são obtidas facilmente, pois são medidas de políticas públicas adotadas pelo próprio Estado. Porém, as provas mais complexas que envolvam a atuação de pessoas privadas, como os serviços de auditoria, podem ser altamente custosas. Uma reforma no sistema de solução de controvérsias é necessária para estabelecer a responsabilidade do secretariado para garantir aos países em desenvolvimento a assessoria de serviços qualificados de cooperação técnica, de modo imparcial, nos termos do artigo 27, §, 2º, do combinado com os artigos 11 e 13 do ESC. Não basta ter um técnico, é necessário se verificar como é possível adotar as medidas apontadas na assistência jurídica, quando os custos são extremamente elevados, principalmente aos países menos desenvolvidos.

A criação de um órgão investigatório (*fact-finding body*) no sistema do OSC da OMC seria uma solução para facilitar aos países em desenvolvimento a produção de provas perante o grupo especial? Essa é a solução ao problema apresentada por Collins, que defende a institucionalização

em face de as disputas comerciais serem cada vez mais complexas para a análise factual e pela falta de clareza dos grupos especiais no registro dessas provas.³⁸ Para ele, quanto mais completa for a prova, mais próxima se estará da verdade e, portanto, haverá maior probabilidade de a justiça ser feita quando a lei é aplicada.³⁹ Contudo, apesar de ser uma proposta positiva para buscar garantir aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos o acesso ao OSC da OMC, com um apoio na produção de provas solicitadas pelo grupo especial, a criação do *fact-finding body* está fadada ao fracasso por inúmeras razões: mais burocracia, custos para a manutenção do órgão, escolha dos dirigentes etc.⁴⁰

De qualquer forma, o grupo especial deve adotar medidas para que os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos tenham auxílio técnico para apresentar as provas solicitadas em igualdade de condições. Isso significa que um tratamento especial e diferenciado é necessário, uma vez que o acesso à jurisdição do sistema de controvérsias da OMC é extremamente caro, principalmente no que tange a apresentação de provas e informações solicitadas pelo grupo especial.

5. SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) é dotado de legitimidade para preservar direitos e obrigações dos Estados-membros dentro dos parâmetros estabelecidos nos acordos do sistema multilateral da OMC. Além disso, é também responsável pela segurança e previsibilidade do próprio sistema.

Considerando que o OSC é órgão jurisdicional, a sua legitimidade depende do reconhecimento dos Estados-membros como órgão garantidor do direito de acesso à justiça. Ademais, o OSC funciona como um verdadeiro “tribunal” para a resolução de disputas comerciais internacionais entre os países. Até que ponto o OSC tem jurisdição e para quais temas?

Nesse contexto, o termo “acesso à Justiça” é empregado no presente artigo tomando emprestada a ideia oriunda dos direitos fundamentais, no sentido de que as partes possam exercer o direito de reivindicar direitos; o sistema jurídico deve ser acessível e produzir soluções que sejam socialmente justas.

Assim, a expressão “acesso à Justiça” diz respeito ao direito dos Estados-membros da OMC de acionar o sistema de solução de controvérsias, independentemente de sua capacidade econômica no mercado internacional, quer como reclamantes, quer como reclamados ou terceiros interessados. Considerando as assimetrias existentes e o alto custo para ser um participante ativo perante o OSC, o atual sistema assegura aos países menos desenvolvidos o acesso ao “tribunal” da OMC, de modo a promover uma solução justa?

Com relação à jurisdição do OSC, Mitchell e Heaton afirmam que “os tribunais da OMC têm jurisdição inerente, mas que o reconhecimento desta jurisdição não dá a ela *carte-blanche* para usar qualquer dos

princípios de direito internacional para resolver as controvérsias da OMC”.⁴¹ Desse modo, a jurisdição do OSC se limita aos acordos abrangidos pela estrutura da organização e não poderá promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nesses acordos, conforme dispõe os artigos 2º e 3º do ESC.

O OSC possui o chamado duplo grau de jurisdição, isto quer dizer que uma vez admitida a reclamação, é formado um grupo especial, que examinará as questões fáticas e de direito; no direito de recorrer ao órgão de apelação, o julgamento se limitará às matérias de direito. De acordo com Mitchell e Heaton,

*O Tribunal da OMC parece cada vez mais para voltar cair em princípios e regras, cuja aplicação é mais bem explicada pelo conceito de jurisdição, inerente ao conjunto de princípios e regras aplicáveis pelos tribunais internacionais por causa de seu caráter judicial e porque sua aplicação é necessária para o adequado exercício da sua função judicial. No entanto, tribunais da OMC exerceram jurisdição inerente sem declarar explicitamente que eles estão fazendo isso. Isso é indesejável, uma vez que significa que o exercício desses poderes não é devidamente analisada. É também por isso que obscurece os painéis e o Órgão de Apelação têm certos poderes, em primeiro lugar, e os limites de tais poderes.*⁴²

Desse modo, a jurisdição atribuída ao OSC garante o acesso à jurisdição de todos os Estados-membros? Segundo McRae, “um sistema em que a maioria dos membros não tem acesso ao sistema de solução de controvérsias não pode ser considerado como um sistema efetivo.”⁴³ Isso foi constatado na análise feita de todos os casos levados ao OSC até o presente momento. Como visto, o primeiro e único caso de reclamação de país de menor desenvolvimento econômico a acionar o OSC foi Bangladesh (DS306) questionando uma determinada medida antidumping imposta pela Índia sobre baterias provenientes de seu território, em 2006. O caso não foi julgado pelo OSC, em face da comunicação apresentada pelas partes ao OSC, informando que adotaram uma solução mutuamente satisfatória, e as consultas terminaram com a Notificação Aduaneira da Índia nº 01/2005.⁴⁴

No que tange às relações de poder entre a comunidade de Estados, o OSC constitui um importante fórum de transformações. Nesse sentido,

*A resolução de litígios no sistema de solução de controvérsias da OMC, quando respaldada por **legal reasoning** consistente, pode claramente influenciar a condução dos interesses nacionais nos diversos grupos negociadores da OMC. Exemplo típico foi a criação e atuação do G20 agrícola, o qual pôde reforçar suas posições com as decisões e interpretações dos painéis/Órgão de Apelação oriundas dos casos do algodão e do açúcar.*⁴⁵

Contudo, as relações de poder ainda se sobressaem no sistema da OMC. Apesar de os litígios apresentados ao OSC se fundamentarem nas

rules-based forum, os poderes políticos do comércio são onipresentes e influenciam ambos os níveis nacional e internacional.⁴⁶

Considerando as relações de poder nas disputas comerciais entre os países industrializados e os em desenvolvimento e menos desenvolvidos, Carvalho aponta que “o tamanho pequeno e a baixa complexidade do mercado desses países também colaboram para impedi-los de atuarem no OSC”.⁴⁷ Por outro lado, garantir o acesso ao OSC contribui para assegurar o direito de participar do sistema multilateral do comércio e, também, o respeito às regras no sistema da OMC.

A criação do Centro Consultivo sobre Direito da Organização Mundial do Comércio (sigla em inglês, ACWL), com sede em Genebra, em 2001, foi uma iniciativa importante para proporcionar aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos uma oportunidade para obter assistência jurídica para a defesa de seus interesses perante o OSC. É uma organização intergovernamental que tem por principais objetivos fornecer assistência jurídica e treinamento sobre o direito da OMC, incluindo apoio perante o OSC em todos os níveis. Atualmente, são 74 países participantes, sendo 32 países em desenvolvimento e 42 países menos desenvolvidos.⁴⁸

O ACWL atua independentemente do secretariado, e é composto pelos membros da OMC. McRae destaca que “embora a existência do Centro Consultivo da OMC tenha ajudado a esse respeito, as submissões feitas no contexto da reforma do OSC apontam que este ainda não oferece um acesso realista para muitos Estados”.⁴⁹ A falta de experiência e os altos custos continuam sendo um problema para os países de menor desenvolvimento econômico para serem participantes ativos.

Desde 2002, o ACWL atua para apoiar os países em potenciais contenciosos na OMC, na produção de pareceres jurídicos, em treinamento de pessoas para atuar no sistema do ESC.⁵⁰ O relatório do centro consultivo apontou que foram dados 215 pareceres jurídicos em 2013, 231 em 2012, e 218 em 2011. Os assuntos tratados nos pareceres foram: normas do GATT, facilitação do comércio, agricultura, antidumping, GATS, subsídios, acordo constitutivos da OMC, salvaguardas, obstáculos técnicos ao comércio, TRIPS entre outros.⁵¹ No relatório avaliativo de dez anos, o ACWL assessorou cerca de 20% do total das novas reclamações e constatou que dos dez litígios mais recentes, oito foram entre os países em desenvolvimento.⁵² Apesar dos resultados positivos, os serviços de assistência jurídica têm um custo elevado para muitos países.

No que concerne a aspectos procedimentais, a participação de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos como terceiros ainda é bastante limitada. Apesar de o artigo 10 do ESC ser o principal canal de acesso, em face de sua interpretação restritiva e de não haver uma uniformidade de tratamento, “as terceiras partes não têm acesso a todos os documentos e comunicações circulados entre as partes, particularmente antes da primeira audiência” e “nem sempre estão autorizadas a participar de todas as instâncias do procedimento, como audiências exclusivas para as partes, arbitragens e procedimentos especiais porventura estabelecidos”.⁵³

Outro problema enfrentado pelos países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos durante os litígios na OMC esbarra na questão do

idioma, principalmente com relação à tradução dos documentos apresentados pelos litigantes. Em 1992, por exemplo, o Brasil exerceu o direito antidumping aplicado aos sacos de juta, o que resultou na cessação de todas as exportações de Bangladesh. Em sua defesa, o Brasil apresentou os documentos jurídicos necessários em português, o que fez com as autoridades de Bangladesh levassem meses para traduzir toda a documentação.⁵⁴

Diante dos tópicos acima levantados, uma reforma no sistema que garanta a todos os Estados o direito de acesso ao “tribunal” da OMC, com base tratamento especial e diferenciado aos Estados “hipossuficientes”, é essencial para promover a igualdade entre os Estados, conforme dispõe o artigo 4º da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevidéu em 26 de dezembro de 1933: “os Estados são juridicamente iguais, desfrutam de iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los. Os direitos de cada um não dependem do poder de que disponha para assegurar seu exercício, mas do simples fato de sua existência como pessoa de Direito Internacional”.

6. SANÇÕES: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

No sistema multilateral do comércio, a sanção está vinculada à ideia de cumprimento das decisões. Caso o Estado-membro seja condenado por violações às normas do comércio internacional, há a possibilidade de o país vencedor aplicar retaliações ao país vencido. Todavia, desde o funcionamento do OSC, a retaliação não é muito comum, sendo autorizada em menos de 5% do total de casos julgados. Nesse contexto, Varella afirma que

*A eficácia do sistema foi adquirida com o alto índice de cumprimento das decisões. Em poucos casos houve a implementação de retaliações comerciais autorizadas, porque a maioria dos contenciosos resultou no cumprimento espontâneo, mesmo por grandes potências econômicas, que preferem sofrer perdas pontuais em determinados temas, mas garantir a legitimidade do sistema como um todo.*⁵⁵

As retaliações são medidas mais severas, uma vez que uma de suas principais consequências é limitar a liberdade econômica, impondo restrições à circulação de mercadorias entre os países afetados pelo direito de retaliação. Isso traz fortes impactos na economia local, e consequentemente, em áreas da sociedade em razão dos prejuízos sofridos pelas indústrias afetadas.

Por outro lado, as retaliações se tornam importantes instrumentos autorizados para as negociações comerciais entre os Estados envolvidos na disputa, inclusive com a possibilidade de retaliações cruzadas no setor de propriedade intelectual. Contudo, indaga-se até que ponto as retaliações são eficientes, considerando as assimetrias existentes entre as nações, como, por exemplo, a impotência dos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento para aplicar sanções aos países industrializados.

Com propriedade, Kramer afirma que o cerne do problema é puramente político, e acrescenta:

Qualquer alteração que venha a ser feita no sistema não fará com que os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos de fato aufram os benefícios do sistema da OMC. Trata-se de receio de enfrentar um país desenvolvido em um tribunal internacional, pois sabem que, apesar de muitas vezes terem direito, sofrerão outras retaliações políticas e econômicas que não compensariam a vitória naquele caso específico.⁵⁶

Dai a importância do tratamento especial e diferenciado a fim de que os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos possam usufruir dos benefícios da estrutura do sistema de solução de controvérsias. Todavia, importante destacar os problemas apontados por Blancas: o primeiro, com relação aos dispositivos do ESC que dispõe de modo vago sobre o tratamento especial e diferenciado aos PED e PMD; e o segundo, no que diz respeito à falta de sanções em caso de descumprimento das decisões, o que diminui o valor de sua aplicabilidade na prática.⁵⁷ As retaliações são vistas como autodestrutivas e ineficazes.⁵⁸ Por isso, vários estudos vêm examinando a possibilidade de os países menos desenvolvidos terem direito a uma compensação monetária⁵⁹ como alternativa às retaliações, uma vez que o cumprimento das obrigações da OMC pode ser politicamente impossível, porque pode violar a soberania do próprio Estado perdedor, e a compensação não. A compensação monetária poderia reparar os danos sofridos pela adoção de políticas comerciais ilegais e consideradas contrárias às normas da OMC e, também, em certas circunstâncias, induzir o cumprimento da obrigação sem restringir o comércio pela retaliação.⁶⁰

Não obstante os avanços conquistados no sistema da OMC, a revisão do mecanismo de solução de controvérsias, incluindo os atuais mecanismos de sanções, se faz necessária. Apesar do “adensamento de jurisdição”, as disputas entre as nações extrapolam a questão meramente econômica; elas ainda são fortemente influenciadas pela dimensão política, para fixar domínios de mercados. As relações de poder entre os países industrializados e os em desenvolvimento ainda estão muito presentes no sistema da OMC, e a desigualdade econômica entre eles tem fortes implicações para promover uma igualdade jurídica entre as nações litigantes na OMC.

7. O PAPEL DO BRASIL NA OMC: ACESSO INDIRETO AOS PAÍSES MENOS DESENVOLVIDOS

O Brasil é um “global player” nas relações internacionais. Na Organização Mundial do Comércio (OMC), o país mantém uma delegação diplomática permanente em Genebra.

Em 2001, foi criada uma coordenação-geral de contenciosos (CGC) do Ministério das Relações Exteriores (MRE), por meio do Decreto nº 3.959,

de 10 de outubro de 2001. O objetivo é coordenar a participação no Brasil no sistema de solução de controvérsias. O CGC tem por principal função preparar e conduzir as intervenções brasileiras nos procedimentos nas consultas e perante os painéis ou grupos especiais e o Órgão de Apelação do OSC. Além disso, para uma atuação mais efetiva, busca coordenação entre o Ministério das Relações Exteriores e os demais órgãos governamentais e o setor privado.⁶¹

Cabe salientar que além desta coordenação-geral, o Brasil conta com apoio, quando necessário, de escritório de advocacia especializado. Isso ocorreu, por exemplo, em razão da experiência acumulada pelo Brasil nos primeiros casos da OMC (coco ralado, gasolina, frangos e aeronaves) e da complexidade crescente dos assuntos discutidos nos painéis.⁶² A recente eleição de um brasileiro para chefiar a OMC, o diplomata de carreira Roberto Azevedo, uma das instituições mais importantes no cenário internacional, denota a importância do Brasil, bem como uma mudança nas relações de poder entre as nações, fortalecendo os países em desenvolvimento e as relações Sul-Sul. Desde o GATT, é a primeira vez que se elege um diretor sul-americano (também é o primeiro do continente americano). Com exceção de Supachai Panitchpakdi, de nacionalidade tailandesa, os demais diretores desde o GATT até a OMC foram sempre europeus.

Em termos de atividades perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, o Brasil ocupa a sétima colocação entre os países mais ativos no sistema, totalizando quase 26% dos casos –130 (ver tabela 4). Além de questionar temas relacionados ao sistema multilateral do comércio, outros assuntos foram apresentados como fundamentos nos casos apresentados ao OSC, tais como saúde pública e meio ambiente.

O Brasil apresentou 27 reclamações, 5,53% do total. Observa-se que os países com os quais o Brasil mais promoveu as demandas foram Estados Unidos (37%), União Europeia e a antiga Comunidade Europeia (25,9%, Canadá (11,1%) e Argentina (7,4%). Indiretamente, a ação do Brasil tem possibilitado a participação de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos como terceiros interessados.

Por outro lado, o Brasil foi demandado em 15 casos, representando 3,1% do total de disputas. Desse total, 60% foram reclamações dos Estados Unidos (4 –DS50; DS65; DS197; DS199) e Comunidade Europeia (5–DS81; DS116; DS183; DS332; DS472). Entre os países em desenvolvimento, os pedidos foram promovidos por Argentina (DS355), Canadá (DS46), Índia (DS229), Japão (DS51), Sri Lanka (DS30) e Filipinas (DS22).

Por fim, como terceiro interessado, o Brasil ocupa o oitavo lugar, atuando em 87 casos, o que representa 18% de todos os litígios. Cordeiro aponta que a atuação brasileira como uma das “mais bem-sucedidas” do sistema do OSC e a sua participação como terceiro nos contenciosos “tem igualmente possibilitado maior contribuição do país nas discussões jurídicas sobre o alcance dos compromissos estabelecidos em praticamente todos os acordos da organização”; além de ganhos pontuais em matéria de acesso a mercados, defesa de setores econômicos estratégicos tais como siderurgia, indústria aeronáutica, setor agrícola e também na área de saúde e meio ambiente.

Quanto às questões de mérito, as reclamações brasileiras contra os países industrializados e em desenvolvimento questionaram os acordos referentes aos direitos antidumping, ao confisco de medicamentos genéricos, à classificação aduaneira, aos subsídios, às medidas de salvaguardas, à propriedade intelectual (patentes), aos créditos às exportações e aos investimentos, entre outros. Com relação aos eixos temáticos, destacam-se nos litígios comerciais internacionais: frango congelado, laranja, algodão, açúcar, aeronaves, café, veículos e gasolina.

CONCLUSÕES

O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio constitui um marco na institucionalização da processualística internacional, com a maior parte dos instrumentos pré-definidos. Constitui o principal foro para dirimir conflitos e litígios econômicos internacionais, em especial aqueles relacionados ao comércio internacional.

A natureza jurídica do sistema de solução de controvérsias da OMC é de jurisdição, no sentido de que o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) possui capacidade para buscar soluções por meio de consultas entre os países litigantes, decidir imperativamente os litígios comerciais perante o grupo especial e o Órgão de Apelação e exercer atividades processuais complexas. As decisões do OSC têm como objetivo principal garantir o cumprimento dos acordos internacionais que estabelecem o sistema multilateral do comércio, pactuados pela comunidade de Estados.

O “tribunal” da OMC é visto como um dos mais poderosos do mundo, uma vez que autoriza aos Estados retaliarem no caso de serem vencedores em uma disputa comercial. O OSC da OMC atribui ao Estado vencedor o direito de aplicar sanções contra outro Estado soberano, nos limites estabelecidos pelo direito internacional. Apesar da autorização em algumas disputas comerciais, as retaliações têm sido evitadas para manter os negócios comerciais internacionais ativos. As decisões da OMC que autorizam a retaliação são importantes como “moeda” de barganha para futuras negociações. Contudo, as assimetrias entre os países desenvolvidos, os em desenvolvimento e os menos desenvolvidos desequilibram essas negociações.

Apesar dos avanços e dos números de casos que criam precedentes internacionais para aperfeiçoar o sistema multilateral do comércio em nível global, as decisões do OSC têm contribuído para diminuir as assimetrias e as distorções do mercado, com reflexos em âmbito regional e até mesmo local. Contrariamente, o sistema mantém os países de menor desenvolvimento econômico excluídos do jogo.

Nesse sentido, há necessidade de se garantir o “acesso à Justiça” a todos os Estados-membros, com tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento com renda baixa e aos menos desenvolvidos, de tal forma que as atuais críticas, como altos custos e expertise, por exemplo, não sejam obstáculo à participação efetiva desses membros. Há necessidade de maior capacitação técnica para a formação de especialistas em

direito do comércio internacional aos países de baixa renda, especialmente sobre o “sistema processual” do OSC. O acesso desigual ao sistema do OSC cria discriminação processual entre os países, aumentando ainda mais o *gap* entre desenvolvidos e de menor desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, põe em xeque a própria legitimidade do órgão e da própria OMC, já que quase um quarto de seus membros é composto por esses países.

O papel do Secretariado da OMC vai além de mera amalgamação de países para o fortalecimento e o progresso do sistema multilateral do comércio. Cabe ao secretariado tornar mais efetiva a aplicação do artigo 27.2 do ESC, que deve ser interpretado em conjunto com o princípio do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento e do princípio de acesso internacional à justiça, com o propósito de garantir a assistência necessária à solução de controvérsias de seus membros, incluindo o auxílio de peritos e cooperação técnica a baixo custo, proporcional ao nível de desenvolvimento econômico. A criação de um órgão investigatório (*fact-finding body*) proposto por Collins é uma ideia interessante para garantir o direito de acesso às informações necessárias à apresentação perante o grupo especial, principalmente para as economias menores. Contudo, essa ideia deve ser amadurecida para que, de fato, esses países possam exercer esse direito perante o *fact-finding body*. Para isso, os Estados-membros da OMC deverão contribuir para a manutenção orçamentária e evitar excesso de burocracia do órgão.

O desenvolvimento sustentável da economia mundial depende de regras justas do sistema multilateral do comércio. Isso quer dizer que os acordos da OMC devem assegurar o desenvolvimento de todas as nações, não privilegiando as economias mais fortes, e permitindo o tratamento especial e diferenciado aos países de baixa renda. A sustentabilidade exige padrões éticos e socioambientais em toda a cadeia produtiva. O OSC funciona como importante mecanismo de consolidação das normas multilaterais do comércio; todavia a sua eficiência depende não apenas do cumprimento de suas decisões, como vem ocorrendo na maioria dos casos, mas da garantia de participação mais “igualitária” de todas as nações de um mundo globalizado.

Não há uma simples solução para a complexidade do sistema multilateral do comércio. Deve-se ter em conta a diversidade cultural nas formas de produção mundial e as profundas diferenças de desenvolvimento político, econômico e social. Embora a atual divisão internacional do trabalho mantenha a produção de *commodities* como a base da economia dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, a livre circulação desses produtos é restringido pelas grande potências. Os subsídios agrícolas praticados pelos países industrializados e as barreiras impostas no acesso aos mercados desses produtos ainda são problemas sensíveis que distorcem e prejudicam o comércio internacional e a própria liberalização econômica. A reforma da OMC, seja para encerrar a Rodada Doha positivamente ou, em caso negativo, para a formar uma nova rodada econômica, é essencial para a sobrevivência do próprio sistema. Os países industrializados devem aceitar o que prometeram na Rodada

Uruguai – *a pacta sunt servanda* deve ser respeitada para assegurar a livre circulação de mercadorias, incluindo as do agronegócios. A paz perpétua kantiana é possível, conforme dispõe os objetivos previstos no preâmbulo do Acordo de Marraqueche, desde que todos participem do jogo do comércio internacional, que não é um jogo de soma zero. Porém, essas medidas não tornarão o sistema multilateral do comércio mais justo e equitativo, mas apenas diminuirão as assimetrias existentes entre as nações.

>> NOTAS

- ¹ Zimmermann, 2005: 31.
- ² Atualmente, oito países menos desenvolvidos estão em fase de negociação para aderir à OMC: Afeganistão, Butão, Comore, Guiné Equatorial, Etiópia, Libéria, São Tomé e Príncipe e Sudão. Disponível em http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm Acessado em 06/09/2014.
- ³ Lafer, 1998: 23-24.
- ⁴ Lafer, 1998: 114-120; Trebilcock; Howse, 2001: 51-56; Amaral Júnior, 2008: 96-100.
- ⁵ Amaral Júnior, 2008: 103.
- ⁶ Lafer, 1998: 126.
- ⁷ Lafer, 1998: 123.
- ⁸ Lafer, 1998: 149.
- ⁹ Amaral Júnior, 2008:102.
- ¹⁰ Jackson, 2000: 121.
- ¹¹ Carvalho, 2012: 35-36.
- ¹² McRae, 2008: 6.
- ¹³ Darracott, 2011-2012: 13.
- ¹⁴ Busch; Reinhardt, 2006: 475.
- ¹⁵ Ver relatório DECOM 2013. Disponível em http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1407496491.pdf. Acessado em 24/07/2014.
- ¹⁶ Varella, 2009: 13.
- ¹⁷ Carvalho, 2012: 36.
- ¹⁸ McRae, 2008: 13.
- ¹⁹ Varella, 2009: 10-11.
- ²⁰ Carvalho, 2012: 40.
- ²¹ Carvalho, 2012: 36.
- ²² Amaral Júnior, 2008, 124.
- ²³ Blancas, 2012: 693-735, 695
- ²⁴ Bohl, 2009: 132
- ²⁵ McRae, 2008: 11.
- ²⁶ Carvalho, 2012: 36.
- ²⁷ Varella, 2009: 14.
- ²⁸ McRae, 2008: 15.
- ²⁹ Thorstensen, 1999: 231.
- ³⁰ PNUD, 2004: 109.
- ³¹ PNUD, 2004: 110.
- ³² PNUD, 2004: 110.
- ³³ PNUD, 2004:111.
- ³⁴ ESC. Arts 3º, § 12, 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 21.2, 21.7, 21.8, 24.1, 24.2 e 27.2.
- ³⁵ WT/DS213/AB/R: parágrafo 153.
- ³⁶ Howse, 2001: 225.
- ³⁷ WT/DS33/AB/R: 14.
- ³⁸ Collins, 2006: 367
- ³⁹ Collins, 2006:387.
- ⁴⁰ See Bohl, 2009.
- ⁴¹ Mitchell; Heaton, 2010: 563.
- ⁴² Mitchell; Andrew D; Heaton, David. 2010, p. 620.

- ⁴³ McRae, 2008 p.16.
- ⁴⁴ WT/DS306/1.
- ⁴⁵ Pereira; Costa; Araújo, 2012: 134.
- ⁴⁶ Bohl, 2009: 197.
- ⁴⁷ Carvalho, 2012: 38.
- ⁴⁸ ACWL. Disponível em <http://www.acwl.ch/e/documents/Final%20quick%20guide%202014%20for%20website.pdf>, acessado em 06/08/2014.
- ⁴⁹ McRae, 2008: 12.
- ⁵⁰ Ver os relatórios elaborados em 2013. ACWL. Report on Operations 2013. Disponível em http://www.acwl.ch/e/documents/reports/Oper_2013.pdf e ACWL. Report on “The ACWL at Ten: Looking Back, Looking Forward”, acessado em 05/07/2014. Disponível em Report on “The ACWL at Ten: Looking Back, Looking Forward” (pdf) , acessado em 05/07/2014. <http://www.acwl.ch/e/documents/reports/ACWL%20AT%20TEN.pdf>
- ⁵¹ ACWL, 2013: 8
- ⁵² ACWL, 2013: 14
- ⁵³ Benjamin, 2013: 728-729
- ⁵⁴ Darracott, 2011-2012: 10-11.
- ⁵⁵ Varella, 2009: 6.
- ⁵⁶ Kramer, 2005: 287.
- ⁵⁷ Blancas, 2012: 700.
- ⁵⁸ Collins, 2009: 225, 230.
- ⁵⁹ Ver Yang, 2008: 423-464; Ullman, 2010: 167-198
- ⁶⁰ Darracott, 2011-2012: 29
- ⁶¹ Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br>, Acessado em 05/07/2014.
- ⁶² Pereira; Costa; Araújo: 2012: 125.

>> REFERÊNCIAS

- Amaral Júnior, Alberto (2008).** A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo; Atlas.
- Benjamin, Daniela Arruda (2013).** Por fim, algumas notas sobre a revisão do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. In O Sistema de Solução de Controvérsia da OMC: uma perspectiva brasileira. Daniela Arruda Benjamin, Brasília : FUNAG, 709-730.
- Blancas, Ana Constanza Conover (2012).** The Supplement of Deficiencies in the Complaint Within the WTO Dispute Settlement Mechanism. Goettingen Journal of International Law, vol. 4, No.3, 693-735.
- Bohl Kristin (2009).** Problems of Developing country access to WTO dispute settlement, Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law, vol. 9, issue 1, 131-200.
- Bown, Chad P (2005).** Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties and Free Riders. January, 2005, Disponível em<<http://ssrn.com/abstract=546442>>, Acessado em 04/11/2011.
- Busch, Marc L; Reinhardt, Eric (2006).** Three's a Crowd: Third Parties and WTO Dispute Settlement. World Politics, vol. 58, issued 3, 446-477.
- Carvalho, Maria Izabel Valladão de (2012).** O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento: quais são os membros que contam? Boletim Meridiano 47, vol. 13, n. 133, set.-out, 34 a 41, Brasília: IBRI.
- Cordeiro, Enio (2013).** Considerações finais. In O Sistema de Solução de Controvérsia da OMC: uma perspectiva brasileira. Daniela Arruda Benjamin, Brasília : FUNAG, 731-734.
- Collins, David A (2009).** Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO (2009). Journal of World Trade, Vol. 43, p. 225, 2009.
- (2006).** Institutionalized Fact-Finding at the WTO, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 27, issued 2, 367- 387.
- Davey, William J (2004).** Reforming WTO Dispute Settlement. Public Law & Legal Theory Research Paper n. 04-01, Champaign: University of Illinois, January 29. Disponível em<<http://ssrn.com/abstract=495386>>, Acessado em 03/11/2011.
- Darracott, Kate (2011).** Dispute Settlement Procedure at the World Trade Organisation: Issues Affecting Developing Country Participation. The Harvard Law & International Development Society ("LIDS"), LIDS Working Papers 2011-2012, p. 13. Disponível em: <http://www3.law.harvard.edu/orgs/lids/files/2011/11/LIDS-WP-1112-Darracott.pdf>. Acessado em 04/10/2013.
- Jackson, John H (2000).** The Jurisprudence of GATT & the WTO. Cambridge: Cambridge University Press.
- Howse, Robert (2001).** Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence, In The EU, the WTO and the Nafta ed. J H H Weiler, Oxford: Oxford University Press.
- IPEA; ENAP; PNUD (2004).** Como Colocar o Comércio Global a Serviço da População, tradução: Vera Ribeiro; Elba Rego, Brasília: IPEA; ENAP;PNUD.
- Kramer, Cythia (2005).** A Revisão do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC: Sobretudo sob a Ótica dos Países em desenvolvimento de menor desenvolvimento relativo. In Alberto do Amaral Júnior. Direito Internacional e Desenvolvimento, 271-290, São Paulo: Manole.
- Lafer, Celso (1998).** A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

- McRae, Donald (2008).** Measuring the Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, No. 1, pp. 1-20, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1140452>>, Acessado em 03/11/2011.
- Mitchell; Andrew D; Heaton, David (2010).** The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law required by the judicial function. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31:561, pp. 561-621.
- Pereira, Celso de Tarso; Costa, Valéria Mendes; Araújo, Leandro Rocha de (2012).** 100 Casos na OMC: A Experiência Brasileira em Solução de Controvérsias. In *Política Externa*, vol. 20, n. 4 mar-abr-maio, pp. 121-134, São Paulo: Editora Paz e Terra.
- Srinivasan, T. N (2007).** The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives. *The World Economy*, Vol. 30, No. 7, pp. 1033-1068, Nottingham: Wiley Online Library, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=995311>>, Acessado em 04/11/2011.
- Thorstensen, Vera (1999).** OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras do Comércio Internacional e a Rodada do Milênio. São Paulo: Aduaneiras.
- Trebilcock, Michael J.; Howse, Robert (2001).** *The Regulation of International Trade*. London: Routledge.
- Ullman Rebecca (2010).** Enhancing the WTO Tool Kit: the Case For Financial Compensation. *167 Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 9, No. 2, 167-198.
- Varella, Marcelo Dias (2009).** Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 52, n. 2, Dec. 2009, Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292009000200001&lng=en&nrm=iso>, acessado 09/11/2011.
- WTO (2014).** World Trade Organization. Available at <<http://www.wto.org>>
- Yang, Pei-Kan (2008).** Some Thoughts on a Feasible Operation of Monetary Compensation as an Alternative to Current Remedies in the WTO Dispute Settlement (September 31, 2008). *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, No. 2, pp. 423-464.
- Zimmermann, Thomas A (2005).** WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation. *Aussenwirtschaft, The Swiss Review of International Economic Relations*, Vol. 60, n. 1, pp. 27-61, 2005, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=701342>>, Acessado em 04/11/2011.

**COMO SE FAZ UM ADVOGADO
NO BRASIL E NA FRANÇA:
UM BREVE ENSAIO
COMPARATIVO E CRÍTICO**
// HOW TO PRODUCE A LAWYER IN
BRAZIL AND IN FRANCE:
A BRIEF COMPARATIVE AND
CRITICAL ESSAY

Fernando de Castro Fontainha

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente ensaio propõe uma comparação entre o processo de produção de advogados na França e no Brasil, com o objetivo de provocar reflexões críticas acerca da nossa experiência. Não se trata, por certo, de um artigo científico em sentido estrito, onde uma pesquisa é apresentada e a análise sistemática de dados constrói o coração de um argumento objetivo. Pretendo aqui ficar na fronteira entre este tipo de produto e o que conhecemos por “artigo de opinião”. Resolvi chamar então de um “breve ensaio”, para desde o início dar ao leitor conta da maneira com a qual pretendo abordar o tema. // This essay proposes a comparison between the lawyers production process in France and in Brazil, aiming to bring critical approaches towards the Brazilian experience. This is not a full scientific article, I don't present a complete research based in data analysis to build an objective point. This paper was written in the frontier between a scientific article and ans a position paper. Calling it a “brief essay” I intent to not raise expectations the reader will not find on the text.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Formação de advogados; Ensino jurídico; Sociologia das profissões jurídicas // Lawyers formation; Legal teaching; Sociology of legal professions

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor da Escola de Direito da FGV - Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Pesquisador do CJUS - Centro de Justiça e Sociedade, Pesquisador Associado do CEPEL - *Centre d'Études Politiques de l'Europe Latine*, e Diretor da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDI. Doutor em Ciência Política pela *Université de Montpellier 1*. // Professor at Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV Law School, CJUS Researcher, CEPEL Associated Researcher, ABEDI Director, Ph.D., *Université de Montpellier I*, Political Sciences.

INTRODUÇÃO

Após um período de cinco anos na França, quatro como doutorando em Ciência Política¹ e um como *Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche (ATER)*² no Departamento de Ciência Política da Faculdade de Direito de Montpellier, muito me dediquei ao tema da seleção de magistrados, mas indiretamente, por razões que o leitor entenderá ao longo do texto, pude me familiarizar bastante com o processo de profissionalização de juristas por lá, sobretudo dos advogados.

Assim, além de não mobilizar uma vasta literatura acerca desta temática³, também não utilizarei dados empíricos colhidos em primeira mão. Este ensaio tratará, portanto, de comparar por contraste instituições e suas dinâmicas, a partir de uma abordagem normativa e panorâmica, no intuito de buscar o *sentido institucional* das etapas e agentes presentes no processo de produção de advogados no Brasil e na França.

Desta forma, organizei este ensaio segundo o caminho institucional que alguém deve percorrer – começando pelo ingresso numa Faculdade de Direito – até estar devidamente autorizado ao exercício da advocacia. Após um breve capítulo explicativo do uso que farei da comparação, abordarei a Faculdade de Direito, depois a preparação para as provas, em seguida os exames propriamente ditos, e por fim a formação profissional.

1. O USO DA COMPARAÇÃO

O método comparativo é de uso corrente em diversas áreas do conhecimento e experimenta uma enorme gama de variações e nuances. Na área do Direito, onde ganhará o nome de “comparatismo” ou “Direito Comparado”, está profundamente ligado à ideia de *modelo*. Mais do que a tentativa de compreender objetos análogos através da abstração ou tipificação das suas características mais marcantes, a ideia de modelo carrega um importante componente normativo que irá ressignificar o termo em questão, lhe emprestando um sentido exemplar, pautado na necessidade instrumental – e portanto eventual – de importação de algum instituto jurídico estrangeiro (por vezes chamado pelos juristas de “alienígena”). Esta não será minha abordagem, pois não pretendo extrapolar uma crítica ao sentido institucional atribuído à produção de advogados no Brasil a uma pretensa necessidade de fazer como o fazem os franceses.

Minha abordagem será mais próxima àquela das Ciências Sociais, cujo método consiste na sistematização do enfoque em termos de categorias através da explicitação dos parâmetros da comparação, como resumiu Cécile Vigour (2005, p.7). A autora expõe igualmente que diferentemente da analogia ou da homologia, a comparação em Ciências Sociais é um processo, onde não há “comparação impossível”, uma vez que será o trabalho do pesquisador que permitirá a construção de paralelos, conexões e confrontações entre os objetos (*Idem*: p.8). Desta forma, tentarei comparar os desenhos institucionais da profissionalização de advogados no Brasil com o da França, tendo por parâmetros básicos (1) a homologia

de obrigações e expectativas em torno das funções do advogado nos dois países e (2) o fato de se tratar de uma profissão exclusiva de bacharéis de Direito certificados por exames profissionais nos dois países.

Além disto, ressalto que minha abordagem – muito embora este ensaio não constitua nem de longe uma *etnografia* – pretende ainda se aproximar da noção antropológica de comparação, também conhecida como Antropologia Estrutural, uma tradição etnológica preocupada em descrever os atributos universais do espírito humano através da comparação *por semelhança*, tal qual o trabalho de Claude Lévi-Strauss (1962) onde ele tenta chegar ao “pensamento selvagem” - o estado subjetivo de todo homem antes de ser “cultivado” ou “domesticado” - e não ao “pensamento dos selvagens”. Por outro lado, a Antropologia Social se valerá da comparação *por contraste*, onde se busca no estudo do *outro* um incremento no conhecimento de *si*. Esta postura de pesquisa cumpre um fundamental papel de desnaturalização da cultura ocidental – tirando-lhe a sua pretensa universalidade – por meio da etnografia de outras formas de constituição do saber e de práticas sociais, mostrando como são *nativas* as categorias encontradas nos mais diversos contextos. Além disso, a comparação antropológica permite mais particularmente que o conhecimento acerca do *outro* provoque o estranhamento de *si*, através da *desnaturalização* do nosso saber e das nossas práticas. No que toca particularmente a Antropologia do Direito, Roberto Kant de Lima (2008: 5) afirma que na comparação costuma-se ocultar sistematicamente a sociedade do observador, absorvendo como elemento valorativo negativo toda reação ao não encontrar o “mesmo”. Assim, além de não ter interesse na importação do “modelo” francês, pretendo neste ensaio pôr em questão a produção de advogados no Brasil simplesmente pela descrição do sentido institucional que os franceses dão aos elementos e às etapas deste processo por lá.

2. A FACULTÉ DE DROIT⁴ E A FACULDADE DE DIREITO

Além de ser subsequente ao ensino médio e de constituir o percurso necessário da formação e da diplomação jurídica, eu já tive a oportunidade de salientar outras homologias entre a *Faculté de Droit* e a Faculdade de Direito em artigo escrito com Michel Miaille (2010). Naquele artigo, pusemos em questão um dos fatores da progressiva perda de centralidade do Direito: a organização dos estudos jurídicos nas faculdades mediante uma dura arquitetura de disciplinas “refletoras” do ordenamento interligadas por um sistema de pré-requisitos embasados na falsa ideia da progressão do saber do simples ao complexo. Nos utilizamos da distinção elaborada por Immanuel Kant (1973) e retomada por Pierre Bourdieu (1984) entre faculdades críticas e mundanas para salientar a colonização política do ambiente intelectual das *Facultés de Droit*, em outras palavras, instituições mais subordinadas ao poder que ao saber.

Desde muito o modelo universitário francês é o da *universalidade*, em oposição ao da *reserva de talento* (Charle: 1994). No entanto, como aponta Michel Miaille (1979) foi apenas no pós-guerra que as *Facultés de Droit*

conheceram a massificação que veio a transformar profundamente a morfologia dos seus corpos docente e discente, fenômeno que por aqui se iniciou nos anos 90. Desde o pós-guerra, a massificação das *Facultés de Droit* se fez com imenso esforço do Estado em torno das universidades públicas. Raríssimas e pouco reputadas são as *Facultés de Droit* privadas, à exceção talvez da *Université Catholique de Lille*. No Brasil, a massificação das Faculdades de Direito vem se fazendo igualmente com imenso esforço do Estado, porém distribuído entre os setores público e privado, com a ressalva que a imensa maioria das Faculdades de Direito se encontra neste segundo setor.

O ingresso na *Faculté de Droit* se dá mediante pedido de inscrição, que deve ser acompanhado pelo certificado do *baccalauréat*, conhecido como “BAC”, exame de avaliação do ensino médio. Em termos práticos, não existe seleção inicial, sendo providas as vagas na medida das inscrições. É no primeiro ano que aproximadamente um quarto dos estudantes será depurado da formação jurídica, processo este que se intensificará com a busca pelos diplomas superiores, que oferecem muito menos vagas, e se completará na busca pelos exames e concursos de acesso às profissões jurídicas. Muito embora as Faculdades de Direito venham progressivamente substituindo o tradicional Exame Vestibular pelo resultado no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, o ingresso representa um verdadeiro processo seletivo. Há vagas para todos os candidatos, mas não nas faculdades mais reputadas, na sua imensa maioria públicas. As consequências desta conjuntura para a distribuição sócio-profissional no Direito brasileiro creio serem de conhecimento dos leitores, mas não são objeto deste artigo.

Tendo que se adaptar ao sistema universitário europeu – sem no entanto deixar de protestar – as *Facultés de Droit* oferecem basicamente quatro diplomas: (1) a *Licence*, obtida após três anos de curso, (2) o *Master 1*, constituindo um quarto ano de curso, (3) o *Master 2*, constituindo um quinto ano de curso, (4) e o *Doctorat*, após três anos de pesquisas e a defesa de uma tese. A obtenção do diploma de *Master 1* – após quatro anos de curso – autoriza a candidatura à profissões jurídicas como a advocacia, a magistratura ou o comissariado de polícia. Nas Faculdades de Direito, após cinco anos de curso e a obtenção do Bacharelado, está autorizada a candidatura a todas as profissões jurídicas, à exceção da docência superior em Direito.

Nas *Facultés de Droit*, um doutorado é condição essencial para que ocorra a agregação de um profissional à carreira da docência. A condição mínima de doutorando é exigida mesmo para os ATER⁵. Muito excepcionalmente profissionais externos – como advogados e magistrados – podem ser recrutados como *vacataires*, sendo contratados por tempo determinado, remunerados por hora de trabalho, sem qualquer vínculo institucional ou administrativo com a universidade, e nunca atuando nos centros de pesquisa mas nos *Instituts d'Études Judiciaires (IEJs)*, dos quais trataremos mais adiante. Nas Faculdades de Direito, a despeito das imensas diferenças entre o recrutamento professoral no setor público e no privado, a obtenção do diploma de Doutor é algo crescente mas

ainda não é um requisito objetivo. Para além, nos dois setores a condição de Professor de Direito é bastante rara, sendo o multiprofissionalismo algo perene (Almeida: 2012). Não é raro no Brasil advogados e magistrados comporem o corpo permanente de Faculdades de Direito, e menos raro ainda que ocupem posições acadêmicas chave, como a coordenação de programas de pós-graduação e a orientação de dissertações e teses.

Talvez a diferenciação profissional entre acadêmicos e práticos do direito na França (Bourdieu: 1986) seja o contraste mais marcante entre lá e cá. A docência em Direito, assim como a advocacia e a magistratura, são profissões que se exercem com exclusividade, sendo raríssimas as exceções. É interessante notar que esta exclusividade não toca apenas o corpo docente. O processo de formação dos estudantes por lá também é bastante intenso, em período integral, não sendo raras inclusive aulas e provas aos sábados. Um estudante de Direito francês tem por principal ocupação esta condição, e é apenas no quarto ano que a faculdade o autoriza a estagiar, o que é feito com dura e estrita supervisão da instituição.

Nas Faculdades de Direito⁶ a regra é haver ao menos dois turnos: matutino e noturno, podendo eventualmente haver o turno vespertino. Um estudante de Direito brasileiro comumente começa a estagiar muito cedo, por vezes ainda no primeiro ano. É interessante notar que antes do quarto ano de curso, quando haverá, senão supervisão, um quadro institucional que regula a relação de estágio jurídico, é comum a prática do estágio informal, inclusive em órgãos públicos. Não é raro também um estudante que cursa a faculdade concomitantemente com uma atividade profissional, muitas vezes para pagar a própria mensalidade do curso. Ainda há um terceiro tipo de comportamento que tem crescido bastante: a concomitância entre a Faculdade de Direito e a frequência a cursos preparatórios para concursos públicos. Apenas é praticamente imperceptível no Brasil a condição de estudante de Direito *full time*.

Este provavelmente é o contraste que vai construir nosso primeiro estranhamento crítico em relação à conjuntura brasileira: o sentido institucional da Faculdade de Direito na França é o de estruturar todo espaço jurídico. A centralidade da Faculdade de Direito produz efeitos materiais e simbólicos impressionantes ao observador brasileiro. Professor é o profissional jurídico mais valorizado, o *Concours d'Agrégation* é considerado o mais prestigioso e a supremacia professoral é flagrantemente constatada quando de interações interprofissionais, como em bancas de concursos, como eu já tive a oportunidade de observar no concurso da magistratura francesa em 2007 e 2008 (Fontainha: 2009). Também já pude demonstrar a importância estratégica que o uso ou não uso de diplomas universitários em razão de boas ou más menções tem no concurso da magistratura francesa (Fontainha: 2010). É claro que a supremacia acadêmica não é exclusividade do Direito francês, por lá esta é a tendência. No entanto, o que ela opera no Direito é impressionante: uma cisão profunda entre a formação acadêmica (a que um jurista deve ter) e a formação profissional (a que um advogado ou um magistrado deve ter).

Para fins deste artigo, nos focaremos a partir de agora exclusivamente na agregação advocatícia, começando pela supremacia professoral na

transição de uma formação para a outra, ou seja, na preparação e na seleção inicial das carreiras jurídicas. Deste ponto em diante, as homologias diminuem e os contrastes ficam cada vez mais evidentes.

3. OS INSTITUTS D'ÉTUDES JUDICIAIRES (IEJS) E OS "CURSINHOS"

1958 é um ano crucial para o sistema de profissões jurídicas na França, pois é o ano em que o governo De Gaulle cria a *École Nationale de la Magistrature*, institui o concurso da magistratura e o exame de admissão advocatícia. A missão institucional de preparar ambos os exames foi dada às *Facultés de Droit*, que sem suplemento orçamentário deveriam criar institutos voltados para tal fim. Já em 1961 trinta e dois centros de preparação foram criados, dentre os quais vinte e dois já sob a forma de *Instituts d'Études Judiciaires (IEJs)* (Bodiguel: 1991). Hoje eles estão presentes em quarenta e uma *Facultés de Droit* da França metropolitana, são elas: Aix-Marseille, Amiens, Angers, Avignon, Bordeaux IV, Brest, Caen, Cergy-Pontoise, Chambéry, Clermont-Ferrand, Dijon, Évry Val d'Essonne, Grenoble II, La Rochelle, Le Mans, Lille II, Limoges, Lyon 3, Montpellier 1, Nancy II, Nantes, Nice, Orléans, Paris I, Paris II, Paris V, Paris X, Paris XI, Paris XII, Paris XIII, Pau, Perpignan, Poitiers, Reims, Rennes, Rouen, Saint-Étienne, Strasbourg, Toulon, Toulouse, Tours, Versailles Saint-Quentin. Há ainda dois IEJs em território ultramarino, nas faculdades de La Réunion e da Martinica.

Vale ressaltar que os IEJs sempre tiveram por concorrentes os *Instituts d'Études Politiques (IEPs)* na preparação ao concurso da magistratura, uma vez que a lei exige quatro anos de qualquer formação universitária para concorrer. Os IEPs são escolas de elite que não ensinam apenas a Ciência Política, mas a Administração a Economia e o Direito, estando presentes nas seguintes cidades: Aix-en-Provence, Bordeaux, Grenoble, Lille, Lyon, Paris, Rennes, Strasbourg e Toulouse. Em 2007 os diplomados de IEPs foram autorizados a se inscrever no exame admissional da advocacia, não sem virulento protesto dos diretores das *Facultés de Droit* das universidades de Paris 2 e Montpellier 1 no jornal "Le Monde" (Antonmattei; Maistre du Chambon: 20). Não tenho dados referentes a concorrência entre juristas e politólogos na admissão da advocacia, mas em coleta que realizei relativa ao concurso da magistratura francesa de 2007 (Fontainha: 2011), a superioridade dos IEPs em termos de percentagem de sucesso de seus inscritos impressiona, como demonstra o quadro abaixo:

Quadro 1: taxa de aprovação dos egressos no concurso da magistratura francesa por instituição

Instituição de Origem	Natureza da preparação	Taxa de aprovação
SciencesPo Paris	Instituto de Estudos Políticos	87,5%
SciencesPo Rennes	Instituto de Estudos Políticos	80%
SciencesPo Grenoble	Instituto de Estudos Políticos	66,67%
Université de Paris 11	Instituto de Estudos Jurídicos	55,56%
SciencesPo Lyon	Instituto de Estudos Políticos	50%
Université de Paris 10	Instituto de Estudos Jurídicos	40%
Université de St. Étienne	Instituto de Estudos Jurídicos	40%
Université de Paris 2	Instituto de Estudos Jurídicos	35,21%
Université de Cergy-Pontoise	Instituto de Estudos Jurídicos	33,3%
Université de Évry Val d'Essone	Instituto de Estudos Jurídicos	33,3%
Université de Poitiers	Instituto de Estudos Jurídicos	30%
Université de Paris 1	Instituto de Estudos Jurídicos	29,36%
Université de Nice	Instituto de Estudos Jurídicos	28,57%
Université de Rennes 1	Instituto de Estudos Jurídicos	27,27%
Université Catholique de Lille	Instituto de Estudos Jurídicos	25%
SciencesPo Bordeaux	Instituto de Estudos Políticos	25%
Université de Orléans	Instituto de Estudos Jurídicos	25%
Université de Valenciennes	Instituto de Estudos Jurídicos	25%
Université de Lyon 3	Instituto de Estudos Jurídicos	17,31%

Instituição de Origem	Natureza da preparação	Taxa de aprovação
Université de Bordeaux 4	Instituto de Estudos Jurídicos	16,67%
Université de Strasbourg 3	Instituto de Estudos Jurídicos	14,29%
SciencesPo Aix-en-Provence	Instituto de Estudos Políticos	14,29%
Université de Montpellier 1	Instituto de Estudos Jurídicos	12,5%
Université de Paris 13	Instituto de Estudos Jurídicos	12,5%
Université de Rouen	Instituto de Estudos Jurídicos	12,5
Université de Aix-Marseille	Instituto de Estudos Jurídicos	12%
Université de Toulouse 1	Instituto de Estudos Jurídicos	11,36%
Université de Caen	Instituto de Estudos Jurídicos	9,09%
Université de Clermont Ferrand 1	Instituto de Estudos Jurídicos	9,09%
Université de Nancy 2	Instituto de Estudos Jurídicos	8,33%
Université de Lille 2	Instituto de Estudos Jurídicos	7,41%
Université de Nantes	Instituto de Estudos Jurídicos	5,56%

Os IEJs são essencialmente institutos de preparação para concursos e exames de seleção, primordialmente voltados ao acesso às profissões da advocacia, da magistratura, do ministério público e da polícia. Os estudantes de Direito desejosos do ingresso em uma destas carreiras, após concluir o quarto ano do curso, pedem inscrição numa formação preparatória de um ano no seio destes institutos. O nome do diploma oferecido varia de instituição para instituição, mas quase todos portam a menção “Carreiras Judiciárias”, seguidas de alguma referência ao Direito Processual ou ao Direito Penal. A fileira de formação orientada para a preparação ao exame de admissão à advocacia é conhecida como pré-CAPA, sendo

CAPA a sigla que designa o *Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat*, documento que autoriza o exercício efetivo da advocacia na França.

O ensino ministrado é absolutamente voltado às provas de admissão, para pequenos grupos de alunos, comportando muitas atividades práticas, exames simulados com *debriefing* e supervisões de tipo *coaching*, com ênfase nas disciplinas de Cultura Geral e Direito Privado, sendo certo que por lá o Direito penal, Direito do Trabalho e o Direito Processual não fazem parte do Direito Público. Esta formação, essencialmente pública, como já se mencionou, será feita ao mesmo custo de matrícula que toda a formação, atualmente inferior aos € 200,00 (duzentos euros) por ano.

A formação do corpo docente dos institutos é excepcional em relação ao resto da Faculdade: é lá que se concentram a maioria dos *vacataires*. Na preparação para concursos e exames de seleção é onde se veem os advogados e juizes que atuam no ensino jurídico francês. Ainda assim, o ensino é bastante dividido com professores da instituição e a administração é centralizada nestes últimos.

Não é exagerado afirmar que a *Faculté de Droit* detém o monopólio da preparação para concursos e exames de seleção, notadamente o da advocacia. Raras são as exceções onde pequenas empresas ou até mesmo professores particulares operam de forma marginal uma espécie de reforço. Este monopólio, reflexo de um papel institucional atribuído as *Facultés de Droit*, vai reproduzir no recrutamento das carreiras jurídicas – notadamente da advocacia – a já mencionada supremacia professoral. Assim a *Faculté de Droit* possui um poder de moldura não apenas sobre a seleção dos advogados franceses, mas sobre a advocacia francesa.

Isto nos mostra que no Brasil ainda não superamos plenamente a ideia de que a Faculdade de Direito forma advogados, de que é uma escola de advocacia. Pelo menos, até o ano de 1996 bastava o bacharelado em Direito para a demanda de inscrição nos quadros de uma das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Com a instituição do Exame de Ordem, nosso quadro institucional simplesmente o presume como um avaliador do conhecimento acumulado pelo estudante durante a Faculdade de Direito, sendo esta a única preparação necessária. A realidade é bem diferente. Esta cisão entre o desenho institucional e a realidade faz chocar dois fatores: (1) uma faculdade já desestruturada na sua capacidade de produzir externalidades jurídicas propriamente acadêmicas e no seu poder de moldura sobre o Direito com (2) um espaço jurídico dominado individualmente pelos práticos e institucionalmente pelos tribunais e grandes escritórios de advocacia. O resultado é uma seleção completamente desconforme com a Faculdade de Direito, mas que também em nada mede as competências necessárias para o efetivo exercício da advocacia.

Mais adiante falaremos mais detidamente do Exame de Ordem. Por ora, fiquemos com a preparação. O produto desta convergência de fatores é a criação de um enorme mercado de preparação, que une tanto o exame de ordem quanto a preparação para concursos públicos em geral. Trata-se de um mercado absolutamente desregulado, em quaisquer termos institucionais que se queira imaginar. Essencialmente privado, ele se organiza pela concorrência de inúmeras empresas que oferecem serviços na forma de

aulas, exames simulados e apostilas. Comumente recrutam práticos para o exercício professoral, bem como possuem nos práticos do Direito seus sócios proprietários. Além de pagarem seus docentes bem acima do valor pago pelas Faculdades privadas pelo ensino tradicional de graduação, também praticam preços sem qualquer restrição ou regulação institucional.

A autonomização das seleções e concursos jurídicos no Brasil é um fenômeno tão possante que sequer os tribunais e as OABs conseguiram instrumentalizá-la institucionalmente, mas o fazem financeiramente. Que quero dizer com isso? Ao possuir na preparação boa parte de seus quadros, estas instituições não conseguiram transformar as seleções em “medidores de vocação”, onde competências em potencial poderiam ser testadas tendo em vista as necessidades que o trabalho cotidiano de cada profissão impõe. No lugar de deixar que cada um afira os produtos financeiros da atividade, as instituições progressivamente criam escolas para competir neste mercado. Desta forma, muitas Escolas de Magistratura tem essencialmente a função de preparar para o Concurso da Magistratura⁷. O mesmo vem acontecendo com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Desde maio de 2009, quando o exame de ordem tornou-se unificado, tem proliferado pelo país os cursos preparatórios organizados pelas Escolas Superiores da Advocacia (ESAs), ligadas as Seccionais das OABs.

Esta situação não poderia ser mais demonstrativa da completa falta de centralidade jurídica da Faculdade de Direito e da completa falta de sentido institucional da ideia de escola profissional. Passemos ao exame mais detido da seleção de advogados no Brasil e na França.

4. O CERTIFICAT D'APTITUDE À LA PROFESSION D'AVOCAT (CAPA) E O EXAME DE ORDEM

Os advogados franceses se organizam profissionalmente no seio de instituições chamadas *Barreaux Régionaux*⁸. Embora exista um *Conseil National des Barreaux*, cada um deles é autônomo e independente em relação aos demais. O que garante coesão institucional à profissão é a dura regulamentação nacional. A Lei de 31 de dezembro de 1971 (modificada pela Lei de 11 de fevereiro de 2004) regulamenta a profissão de advogado na França. Embora conceda ao *Conseil National des Barreaux* a competência para elaborar um Regimento Interno Nacional da profissão e regulamentá-lo, mantém nos *Barreaux* regionais a base da organização da profissão. É nos seus quadros que os advogados se inscrevem profissionalmente e são eles que organizam o exame de admissão às escolas de advogados, chamadas *Centres Régionaux de Formation à la Profession d'Avocat (CRFPAs)*. Há atualmente cento e oitenta e um *Barreaux* Regionais na França, mas apenas aqueles de maior concentração de inscritos possuem um CRFPA, quais sejam: Paris, Versailles, Lille, Strasbourg, Villeurbanne, Marseille, Montpellier, Bordeaux, Poitiers, Bruz, Córsega, Guadalupe, La Réunion e Martinica.

Uma das grandes diferenças entre o *Examen d'Admission* e o Exame de Ordem é que a aprovação no primeiro dá direito ao candidato de inscrever-se em um CRFPA para formação profissional, e a aprovação no segundo dá direito ao candidato solicitar sua inscrição profissional nos

quadros de uma OAB. É o Decreto de 27 de novembro de 1991 que fixa , regulamentado pela Portaria de 11 de setembro de 2003 do *Ministère de la Justice*, o programa e as modalidades do *Examen d'Entrée* aos CRFPAs. O exame acontece uma vez por ano, é o presidente de cada universidade que marca sua data, avisando o CRFPA com três meses de antecedência. Não são os candidatos que se inscrevem individualmente, mas cada IEJ informa a lista de aptos às provas. Para prestar o exame é necessária a nacionalidade francesa e um diploma atestando ao menos quatro anos de estudos jurídicos superiores. Em suma, cada CRFPA é conveniado a uma universidade organizadora do exame, sendo ela que inclusive nomeia a banca examinadora e, para os que passarem, expede e entrega o certificado que permite a matrícula no CRFPA.

Há duas fases no exame. A primeira fase é composta de três provas de igual coeficiente (peso 2):

- 1) uma prova de cinco horas de duração na qual o candidato deve redigir uma Nota de Síntese com base em “documentos relativos a aspectos jurídicos dos problemas sociais, políticos, econômicos ou culturais do mundo atual”;
- 2) uma prova de cinco horas de duração comportando duas redações visando avaliar a capacidade do candidato ao “raciocínio jurídico”, uma sobre o Direito das Obrigações, e outra, à escolha do candidato, sobre Processo Civil, Processo Penal ou Processo Administrativo; e
- 3) uma prova de três horas de duração comportando uma redação de caráter prático, sobre uma das disciplinas à escolha do candidato: Direito das Pessoas e da Família, Direito Patrimonial, Direito Penal Geral e Especial, Direito Comercial e dos Negócios, Processos Coletivos e Garantias, Direito Administrativo, Direito Público das Atividades Econômicas, Direito do Trabalho, Direito Internacional Privado, Direito Comunitário e Europeu, Direito Tributário dos Negócios.

Os candidatos aprovados para a segunda fase enfrentarão as cinco provas seguintes, todas realizadas em sessões públicas:

- 1) uma exposição oral de quinze minutos, após uma preparação de uma hora, seguida de quinze minutos de arguição pela banca, sobre tema relativo a “proteção das liberdades e direitos fundamentais, visando apreciar a capacidade de argumentação e expressão oral do candidato” (peso 3);
- 2) uma prova oral de quinze minutos, após uma preparação de igual tempo, sobre tema de uma matéria não escolhida para a segunda prova da primeira fase (peso 2);
- 3) uma prova oral de quinze minutos, após uma preparação de igual tempo, sobre uma das matérias seguintes: Processo Civil de Execução ou Processo Comunitário e Europeu (peso 1);
- 4) uma prova oral de quinze minutos, após preparação de igual tempo, sobre uma das matérias seguintes: contabilidade Privada ou Finanças Públicas (peso 1); e

- 5) uma arguição oral na língua estrangeira escolhida pelo candidato, dentre as opções: alemão, inglês, árabe clássico, chinês, espanhol, hebraico, italiano, japonês, português e russo (peso 1).

A banca examinadora é recrutada pelas *Facultés de Droit* organizadoras do exame, é composta de dois professores de Direito, um magistrado da ordem judiciária, um magistrado da ordem administrativa, três advogados, comumente *bâtonniers ou ex-bâtonniers*⁹, e professores de línguas estrangeiras. A presença das instituições de ensino jurídico nas seleções profissionais é forte mesmo no concurso da magistratura, no qual é a *École Nationale de la Magistrature* quem compõe a banca, que em regra conta com tantos professores quantos magistrados. A supremacia universitária nas seleções não gera frutos apenas na composição da banca, mas também na arquitetura, no programa e na preparação. Muitos dos mais vendidos manuais de preparação às carreiras jurídicas – além de escritos por professores universitários – contam desde o seu título com a menção à sua eficiência tanto para o exame de ingresso nos CRFPAs quando no concurso da magistratura (Ghérardi; Sabio: 2003), (Harichaux: 1999), (Dubos *et al*: 2004), (Marmoz *et al*: 2007), (Néret: 1977), (Pierre: 2006), (Ortega: 1996).

O sucesso neste exame não garante o CAPA ao candidato, mas lhe dá o direito de se matricular no CRFPA, diferentemente do certificado de aprovação no Exame de Ordem. Outra diferença fundamental é que o *Examen d'Entrée* só pode ser realizado até três vezes – depois da terceira reprovação, o candidato não mais poderá ter acesso à profissão de advogado, sendo a mesma regra aplicada para o concurso da magistratura – e o Exame de Ordem não impõe limites numéricos às tentativas dos candidatos.

No Brasil, é a Lei 8.906/94 que regulamenta a profissão de advogado, o Provimento 51/96 do Conselho Federal da OAB criou Exame de Ordem e o Provimento 144/11 lhe deu a forma que ele possui hoje. Ele ocorre três vezes ao ano e é a OAB que recebe individualmente as inscrições, compõe a banca examinadora e divulga os resultados. Diferentemente da França, no Exame de Ordem e nos concursos em geral, é bastante comum as instituições promotoras da seleção terceirizarem sua organização. Nas últimas edições quem organiza o Exame de Ordem é a Fundação Getúlio Vargas – FGV.

O Exame de Ordem é composto por duas provas. A primeira prova é composta de até oitenta questões de múltipla escolha, sendo habilitado para a segunda prova o candidato que acertar ao menos metade delas, que versarão sobre as seguintes disciplinas: Processo Civil, Processo Penal, Direito Civil, Direito Penal, Direito Comercial, Direito e Processo do Trabalho, Direito Tributário, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Humanos e Deontologia. A segunda prova é discursiva e dividida entre a “redação de uma peça profissional” – comumente uma petição ou um parecer – e a resposta a “questões práticas, sob a forma de situações-problema”, ambas sobre uma das matérias à escolha dos candidatos: Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Penal e Direito Tributário. Está definitivamente aprovado no Exame o candidato que obtiver ao menos a nota seis na segunda prova.

Cabe à terceirizada recrutar a banca examinadora, tanto a que elabora quanto a que corrige o exame. Não tenho dados precisos sobre a morfologia dos examinadores, mas cabe salientar que o multiprofissionalismo é a regra de composições desta natureza, tanto neste exame quanto nos concursos em geral. É interessante notar que em muitos concursos públicos para a área jurídica a banca é composta de internos – uma vez que cada instituição é organizadora do seu concurso – e por externos. Dentre os membros externos há vagas a serem ocupadas por professores. A prática comum é que sejam recrutados para estas posições (multi)profissionais – juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, etc – que atuam *também* nas Faculdades de Direito. Fato é que o poder de recrutamento é algo que agrega imensamente à carreira de um jurista no Brasil, e a capacidade de adaptação às expectativas da banca chega a níveis bastante elevados, o que permite que a posição de jurado potencialize o impacto das posições jurídicas – e publicações – daqueles que a ocupam.

No entanto, a Faculdade de Direito não é alheia a este processo. Também não é protagonista, como a *Faculté de Droit*. Por aqui ela é objeto. A OAB divulga, junto com os resultados do exame, um *ranking* das Faculdades de Direito do Brasil, pelo seu índice de aprovação. As melhores posicionadas recebem o selo de qualidade “OAB Recomenda”. Esta certificação é comumente justificada pela necessidade da atuação da OAB como normalizadora da qualidade do ensino jurídico. Não é objeto deste artigo um exame mais detido acerca do “OAB Recomenda”, mas cabe mencionar a dura crítica realizada à sua metodologia por Edson Nunes, André Magalhães Nogueira e Leandro Molhano Ribeiro (2001). Do outro lado, são parcos os esforços das Faculdades de Direito de adaptação do ensino ao Exame de Ordem, sobretudo no setor público, onde as instituições são comumente melhor avaliadas.

Em relação às *Facultés de Droit*, elas são avaliadas pelo *Ministère de l'Éducation Nationale*, que também divulga um *ranking*, assim como faz seu homólogo brasileiro. Ao lado disto, as *Facultés* são também avaliadas por institutos privados de sondagem e pesquisa, que divulgam *rankings* baseados no índice de empregabilidade dos diplomados. Este capítulo não apenas reforça o caráter coadjuvante das Faculdades de Direito no Brasil, como também demonstra a total falta de sentido institucional da formação profissional, pois uma vez aprovado no Exame de Ordem, o candidato brasileiro pode pedir sua inscrição nos quadros da OAB, e uma vez aprovado no *Examen d'Entrée*, o candidato francês apenas tem o direito de se inscrever no CRFPA.

5. OS CENTRES RÉGIONAUX DE FORMATION À LA PROFESSION D'AVOCAT (CRFPAs) E AS ESCOLAS SUPERIORES DA ADVOCACIA (ESAS)

Uma vez aprovados no *Examen d'Entrée*, os candidatos, doravante *élèves-avocats* (alunos-advogados) devem seguir uma formação inicial de dezoito meses no seio dos CRFPAs, financiados pelas contribuições dos advogados, pelo próprio Estado, e pelas matrículas pagas pelos seus

alunos. É curioso notar que é neste momento que a *Faculté de Droit* sai relativamente de cena: a formação é essencialmente ministrada e dirigida por advogados experientes, e professores de Direito – os doutrinadores – intervêm de forma complementar e marginal. O mesmo ocorre na *École Nationale de la Magistrature*, cujo corpo docente é integralmente composto por magistrados com pelo menos dez anos de experiência, que serão lotados na escola por até cinco anos.

Regulada pelos artigos 57 e seguintes do Decreto 91-1197 de 27 de novembro de 1991, a formação inicial dos advogados franceses possui três etapas, cada uma com seis meses de duração. Na primeira etapa – primeiros seis meses – os alunos-advogados terão aulas sobre o Estatuto e a deontologia profissional, redação de peças jurídicas, sustentação e debate oral, os procedimentos, administração de escritórios de advocacia e uma língua estrangeira. Na segunda etapa – seis meses seguintes – os alunos-advogados devem elaborar um Projeto Pedagógico Individual, que será submetido à apreciação e aprovação do CRFPA. Este projeto se trata de um estágio à escolha do aluno-advogado, à exceção de escritórios de advocacia. Se trata de uma abertura ao mundo profissional externa ao ofício da advocacia mas conexas às ambições de cada advogado. Não é raro um aluno-advogado que quer ser criminalista estagiar num comissariado de polícia ou outro, desejoso em seguir o Direito Tributário, estagiar na Inspeção de Finanças. O estágio deve antes ser aprovado por uma comissão do CRFPA, que o acompanha e depois avalia, mediante a apresentação de um relatório. A terceira etapa – os últimos seis meses – consiste num estágio em escritório de advocacia, com a designação de um advogado-tutor, que avaliará o desempenho do aluno-advogado juntamente com a comissão do CRFPA.

Após completos os dezoito meses de formação o aluno-advogado pode se submeter então ao *Examen de Sortie* (exame de saída) do CRFPA. A aprovação neste exame confere o CAPA, certificado necessário para o pedido de inscrição nos quadros do *Barreau* e para o efetivo exercício da advocacia na França. A banca examinadora deste exame tem a mesma composição que a do *Examen d'Entrée*, mas é fixada pelo próprio CRFPA. Este exame é composto de sete notas, obtidas da seguinte maneira:

- 1) uma prova escrita de cinco horas de duração, onde o aluno-advogado deverá redigir um parecer e uma peça jurídica ou processual (peso 2);
- 2) uma prova de sustentação oral de 15 minutos com três horas de preparação (peso 2);
- 3) uma prova oral sobre estatuto e deontologia profissional (peso 3);
- 4) uma prova oral de língua estrangeira, após uma preparação de 20 minutos (peso 1);
- 5) uma prova oral sobre o relatório do Projeto Pedagógico Individual (peso 1);
- 6) uma prova oral sobre o relatório de estágio em escritório de advocacia (peso 2); e
- 7) a nota de controle continuado, média das notas obtidas durante a formação (peso 1).

Após a aprovação e a obtenção do CAPA, está produzido um advogado na França. É importante frisar que o período de formação inicial não se trata apenas de um processo de aprendizado e avaliação, mas de forte socialização profissional. Nas aulas nos CRFPAs os alunos-advogados tem contato qualificado com advogados experientes de sua região, bem como os dois estágios constituem oportunidades de inserção e formação de redes profissionais extraordinárias. Para muitos representa o primeiro emprego efetivo em escritório de advocacia. Os CRFPAs atuam efetivamente, numa profissão fortemente marcada pelo seu caráter liberal e privado, como forte regulador e ordenador deste mercado.

No Brasil, os aprovados no Exame de Ordem enfrentam o mercado de maneira diferente. Aqueles que desejam efetivamente seguir a profissão de advogado dependem de suas capacidades sócio-financeiras para constituir uma rede capaz de garantir uma posição satisfatória ou clientes significativos. Aqueles que se valerão da carteira de advogado para acessar uma das carreiras jurídicas de Estado necessitarão do mesmo aporte sócio-financeiro, mas para lhes garantir anos de dedicação exclusiva à preparação aos concursos.

Por fim, e para ilustrar a falta de sentido institucional da formação inicial de advogados, deve-se mencionar que a recente profusão das Escolas Superiores de Advocacia (ESAs), ligadas às OABs regionais, acompanha dois movimentos: (1) o oferecimento de cursos preparatórios para o próprio Exame de Ordem e (2) o oferecimento de cursos de especialização e pós-graduação *latu sensu*, ambos sem qualquer regulamentação unificada e cobrados. O sentido institucional da formação profissional inicial e continuada é o da *obrigatoriedade* de segui-las, sob pena de não poder ingressar ou continuar na profissão. No Brasil este sentido inexistente, mantendo-se a confusão entre formação jurídica e formação profissional.

*

Prometi ao leitor que não concluiria pela necessidade do Brasil seguir ou “se espelhar” no “modelo” francês. Não há “modelo” francês, só há a maneira de se produzir advogados na França, que é fruto de uma realidade social diferente da nossa, e que não foi centro deste ensaio. Porém, o modo de se produzir *avocats* e advogados exprime o sentido institucional – ou a falta dele – que se dá às etapas e agentes deste processo.

Os contrastes entre os modos de produção de advogados denunciam um primeiro paradoxo brasileiro: a instituição mais coadjuvante no processo de produção de profissionais – a Faculdade de Direito, que praticamente apenas contribui com o diploma de bacharel, é justamente aquela que tem a missão institucional de formar todos os profissionais do Direito ou de formar uma espécie de *ultraprofissional* apto a exercer todas as profissões jurídicas.

Na França, esta divisão de missões institucionais é muito clara: a escola da polícia forma policiais, a escola da magistratura forma magistrados, a escola da advocacia forma advogados. A *Faculté de Droit* forma juristas.

É evidente que esta divisão – tanto na França quanto no Brasil – não é fruto de uma “espontaneidade institucional”. Disputas de poder marcam o arranjo institucional da produção de profissionais, notadamente no Direito. A supremacia professoral no Direito francês é marcada pelo excessivo poder dos acadêmicos de Direito sobre os demais profissionais, tanto de forma simbólica quanto prática. No entanto, a construção do sentido institucional que mantém o processo de produção profissional é fundada numa coerência que permite a interação dos agentes envolvidos de forma a garantir a efetiva regulação e ordenação do processo. O sentido institucional das etapas e instituições implicadas na produção social de advogados na França efetivamente é capaz de mitigar as desigualdades herdadas pelos envolvidos na competição – pois é disso que se trata – tanto do ponto de vista dos indivíduos, quanto do ponto de vista das instituições.

Não quero dizer, portanto, que no Brasil devemos fazer como na França. Mas no Brasil devemos fazer alguma coisa!

>> NOTAS

- ¹ Dedicado a minha tese ao tema do recrutamento de magistrados na França (Fontainha: 2011).
- ² “Adjunto Temporário de Ensino e Pesquisa”, função homóloga ao nosso Professor Temporário.
- ³ Todavia, são salutares ao leitor a indicação de algumas leituras relevantes sobre o tema, como os trabalhos de Christophe Charle (1989) e Jean-Jacques Gleizal (1979) sobre a História Social das profissões jurídicas francesas, mais especificamente o trabalho de Lucien Karpik (1995) sobre a História Social da profissão de advogado na França, o trabalho de Liora Israël sobre a atuação de juizes e advogados nos processos de entrega de judeus aos nazistas durante o regime de “Vichy” e o trabalho de Anne Boigeol (2004) sobre a conturbada entrada das mulheres na profissão da advocacia na primeira metade do século XX.
- ⁴ A partir daqui, para efeitos de adequação do estilo ao método comparativo, manterei os nomes de instituições e diplomas franceses no idioma original, exceto aqueles que não possuam uma tradução intuitiva para um leitor lusófono.
- ⁵ Vide nota 2 *supra*.
- ⁶ Neste artigo temos por objetivo analisar de maneira exploratória o desenho institucional geral dos cursos de Direito, para tentar extrair seu sentido face às demais instituições jurídicas, mais para permitir a construção da plataforma comparativa do que para produzir uma análise fina do ensino jurídico no Brasil. Ainda assim, não se pode deixar de mencionar a existência de uma vasta bibliografia sobre este tema, que tem, como estudos fundamentais, as obras de Falcão (1978 e 1984), Faria (1987), Campilongo (1994), Junqueira (1999), Felix (2001) e Adeodato (2008).
- ⁷ Eu mesmo ministrei a disciplina “Sociologia do Direito” na “Especialização em Direito para a carreira da magistratura” na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.
- ⁸ *Barreau*, assim como o *Bar* americano, tem sua origem etimológica na “barra” de onde os advogados sustentavam suas razões.
- ⁹ O “bastonário” é o Presidente de um *Barreau*, em alusão ao bastão de honra que portavam seus homólogos na idade média.

>> REFERÊNCIAS

- Adeodato, João Maurício (2008).** *Formação universitária, exercício profissional e especialização em direito*. "Revista da Faculdade de Direito (Faculdade Mauricio de Nassau)", Volume 3.
- Almeida, Frederico (2012).** "O profissional-docente ao docente-profissional: da valorização simbólica dos títulos acadêmicos e da experiência docente no campo jurídico brasileiro". In: CARVALHO, Evandro Menezes de et al (org). *Representações do professor de Direito*. Curitiba: CRV
- Bodiguel, Jean-Luc (1991).** *Les Magistrats un Corps Sans Âme ?* Paris: PUF.
- Boigeol, Anne (2004).** *French women lawyers and the women's cause in the first half of the twentieth century*. "International journal of the legal profession". Vol 10, Num 2.
- Bourdieu, Pierre.**
(1986). *La Force du Droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*. « Actes de la Recherche en Sciences Sociales ». Volume 64, Numéro 1.
(1984). *Homo Academicus*. Paris: Minuit.
- Campilongo, Celso Fernandes (1994).** *Universities, Changes in Law, and the New Constitutional Order in Brazil*. "Beyond Law", Volume. 3, 1994.
- Charle, Christophe.**
(1994). *La République des Universitaires. 1870-1940*. Paris: Seuil.
(1989). *Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine : note pour une recherche*. « Actes de la recherche en sciences sociales », Volume 76, Numéro 1.
- Dubos, Olivier; Gonthier, Françoise; Lamarche, Marie; Malabat, Valérie; Melleray, Fabrice; Saint-Pau Jean-Christophe (2004).** *Se préparer à EFB-CRPPA, ENM, ENG*. Paris: Litec.
- Falcão Neto, Joaquim de Arruda.**
Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Massangana, Fundação Joaquim Nabuco.
(1978). *Crise da Universidade e Crise do ensino Jurídico*. "Revista da Ordem dos Advogados do Brasil (Brasília)", Volume 9.
- Faria, José Eduardo (1987).** *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris.
- Felix, Loussia (2001).** *Da Reinvenção do Ensino Jurídico- Considerações sobre a Primeira Década*. In: OAB – Conselho Federal e Comissão de Ensino Jurídico. (Org.). "OAB Recomenda – Um Retrato dos Cursos Jurídicos". Brasília: OAB – Conselho Federal.
- Fontainha, Fernando de Castro.**
(2011). *Les (en)jeux du concours: une analyse interactionniste du recrutement à l'École nationale de la magistrature*. Sarrebrück: Éditions Universitaires Européennes.
(2010). *The French judicial public competitive examination, the candidates and their files: construction and self-construction in non-face-to-face interaction*. "New Cultural Frontiers", v. 1, p. 117-138.
(2009). *Work division, domination, and solidarity in French law field: scholars, judges, and the National Judicial School's public contest oral exam*. In: Serafimova, Maria; Hunt, Stephen; Marinov, Mario (dir). "Sociology and Law: the 150th anniversary of Emile Durkheim". Newcastle Upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- Ghérardi, Éric; Sabio, Jean-Pierre (2003).** *La note de synthèse au CRPPA et à l'ENM*. Paris: Ellipses.
- Gleizal, Jean-Jacques (1979).** *La formation des juristes dans l'État français*. « Procès », Volume 1, Numéro 3.
- Harichaux, Michèle (1999).** *La note de synthèse : examen d'entrée au CRPPA, concours d'accès à l'ENM*. Paris: Monchrestien.

- Israël, Liora (2005).** *Robes Noires, Années Ombres : avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale.* Paris: Fayard.
- Junqueira, Eliane Botelho (1999).** *Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?* Rio de Janeiro: LetraCapital/IDES.
- Kant, Immanuel (1973).** *Le conflit des facultés.* Paris: Vrin.
- Kant de Lima, Roberto (2008).** *Por uma Antropologia do Direito, no Brasil.* In: "Ensaio de Antropologia e de Direito". Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Karpik, Lucien (1995).** *Les Avocats: entre l'État, le public et le marché.* Paris: Gallimard.
- Lévi-Strauss, Claude (1962).** *La pensée sauvage.* Paris: Plon.
- Miaille, Michel (1979).** *Sur l'enseignement des facultés de droit en France (les réformes de 1905, 1922 et 1954).* « Procès », Volume 1, Numéro 3.
- Miaille, Michel; Fontainha, Fernando de Castro.** "O ensino do direito na França", *Revista Direito GV* vol. 6, n. 1 (junho 2010): 59–66.
- Néret, Jean-Alexis (1977).** *Guide d'études juridiques et leurs débouchés : la capacité en droit, le D.U.T. mention 'carrières juridiques et judiciaires', le D.E.U.G. Mention 'droit', la licence en droit, les maîtrises, les diplômes de 3^e cycle, les concours administratifs, magistrature, barreau, notariat.* Paris: Ed. et Guides Néret.
- Nunes, Edson; Nogueira, André Magalhães; Ribeiro, Leandro Molhano (2001).** *Futuros possíveis, passados indesejáveis.* Selo da OAB, provão e avaliação do ensino superior. Rio de Janeiro: Garamond.
- Ortega, Olivier (1996).** *La note de synthèse juridique à l'entrée à l'EFB, aux CRFPA et à l'ENM.* Paris: PUF.
- Pierre, Sylvie (2006).** *Les épreuves de procédure civile au CRFPA et à l'ENM.* Paris: Ellipses.
- Vigour, Cécile (2005).** *La comparaison dans les sciences sociales.* Paris: la Découverte.

OS SABORES DO DIREITO
UMA CONJETURA LIVRE SOBRE
O PALADAR DA JURIDICIDADE
(« MENU DÉGUSTATION EN
QUATRE SERVICES »)
// WHAT LAW TASTES LIKE
A FREE CONJECTURE ON THE
PALATE OF JURIDICITY
(« MENU DÉGUSTATION EN
QUATRE SERVICES »)

Marcílio Toscano Franca Filho & Maria Francisca Carneiro

>> RESUMO // ABSTRACT

Como em um grande jantar, o presente texto é servido em quatro pratos dos aperitivos iniciais à conclusiva sobremesa. Ao longo do menu, é demonstrada a íntima relação entre comida e cultura, à semelhança das conexões que se desenvolvem entre o próprio Direito e a cultura. A partir desse panorama inicial, que aproxima a alimentação e o Direito à cultura, e, por via de consequência, às linguagens, perscrutam-se quais os sabores que estariam mais adequados para representar o paladar da juridicidade contemporânea. Doce? Salgado? Cru? Cozido? Assado? A discussão gastronômica serve de mote para uma reflexão sobre a epistemologia do Direito atual, partindo de considerações teóricas de autores como Susan Sontag, Colette Brunschwig e Câmara Cascudo. Por fim, em lugar das bebidas, são apresentadas as fontes bibliográficas de que se abeberou o texto. // Like a banquet, this paper is served in four courses: from the opening aperitifs to the concluding desert. The menu demonstrates the intimate relationship between food and culture, similarly to the relations developed between Law itself and culture. From this initial panorama that approaches food and Law to culture and, therefore, to language, we scrutinize which flavors more adequately express what contemporary juridicity tastes like. Sweet? Salty? Raw? Stewed? Roasted? This gastronomical discussion serves as the theme for a reflection on the Epistemology of nowadays Law, based on some theoretical considerations by thinkers like Susan Sontag, Colette Brunschwig and Câmara Cascudo. Finally, instead of drinks, the reader is served the bibliographical sources with which this paper was fed.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Direito Multissensorial - Justiça - Paladar - Gastronomia - Cultura - Transjuridicidade. // Lawyers formation; Legal teaching; Sociology of legal professions

>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS

Marcílio Toscano Franca Filho

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba e da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil. Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Brasil. // Professor at the PhD programs in Law at the Federal University of Paraíba and Federal University of Pernambuco, Brazil. Prosecutor at the Prosecution Office at the Audit Court of Paraíba, Brazil.

Maria Francisca Carneiro

Professora na Universidade Federal do Paraná, Brasil. Associada à Faculdade de Direito, Governança e Relações Internacionais da London Metropolitan University, Reino Unido. // Professor at the Federal University of Paraná, Brazil. Corresponding Fellow status with the Faculty of Law, Governance and International Relations at London Metropolitan University, United Kingdom

>> SUMÁRIO // SUMMARY

§1. L'Amuse Bouche. §2. Les Entrées. §3. Les Plats Principaux. §4. Les Desserts. §5. Les Boissons. // L'Amuse Bouche. §2. Les Entrées. §3. Les Plats Principaux. §4. Les Desserts. §5. Les Boissons.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Tradução de Caio Martino // English translation by Caio Martino

1. L'AMUSE BOUCHE

Há exatos cinquenta anos, em um instigante e provocador ensaio denominado "Against Interpretation", a americana Susan Sontag convocava o seu leitor a abandonar toda a fria racionalidade da contemporânea hermenêutica das obras de arte para substituí-la por uma verdadeira "erótica" artística, em que a arrogância da interpretação deveria ceder espaço para que o homem "aprenda a ver mais, a ouvir mais, a sentir mais"¹. Menos ratio e mais cordis. E completava:

Nossa cultura é baseada em excessos, em superprodução; o resultado é uma perda permanente da agudeza de nossa experiência sensorial. Todas as condições da vida moderna – sua plenitude material, seu completo abarrotamento – unem-se para entorpecer nossas faculdades. (...) O importante agora é recuperar nossos sentidos. (...) Em lugar de uma hermenêutica, precisamos de uma erótica da arte."²

O panorama sociocultural desenhado por Susan Sontag é, em muito, semelhante ao atual cenário do Direito; marcado pelo excesso de normatividade, pela profusão de litigiosidades, pela tecnicidade fria, pelo formalismo tantas vezes estéril e por uma racionalização que pendula velocemente entre o onipotente e o impotente: "O método moderno de interpretação escava, e, ao escavar, destrói" – instiga Sontag.³ Nesse mesmo sentido, o presente escrito, ciente dos riscos que o circundam, "recupera" aquele caminho provocador dos sentidos e do sentir no Direito para divagar sobre os sabores da juridicidade: a experiência jurídica tem um gosto? Qual o gosto do Direito? E os juristas estão preparados para senti-lo?

Diz-se aqui "recupera", pois o tema não é exatamente novo. É preciso recordar⁴ que Tobias Barreto, o grande escritor e jurista brasileiro, ainda em meados do século XIX já afirmava que "o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente."⁵ E, no dizer poético do Prof. Dr. Carlos Ayres Britto, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, "talvez até uma coisa que se sente em primeiro lugar ou com anterioridade em relação à inteligência, pois não se pode esquecer jamais que o próprio substantivo 'sentença' vem do verbo sentir".⁶ Na literatura jurídica estrangeira, o tema da sensibilidade jurídica tampouco é jovem!⁷

É preciso registrar que esta não é a primeira vez que os autores enveredam por especulações sensoriais da juridicidade. Em textos anteriores, os autores já haviam relacionado o Direito à visão⁸, à audição⁹ e ao olfato¹⁰. Esta quarta incursão sensorial, todavia, tem um sabor especial, afinal, de todos os cinco sentidos – visão, audição, olfato, tato e paladar –, o paladar é o que permite uma epistemologia mais arrebatadora, pois não haveria melhor espaço para aquela "erótica" de que fala Susan Sontag do que o sentido do paladar: as cozinhas sempre foram lugares de prazer, conquista e sedução! O velho fogo da paixão que, ao esquentar os corpos, funde-os. Ademais, quem apenas vê algo, escuta algo ou sente o perfume de algo não conhece tão bem quanto quem saboreia algo: "quem conhece com a boca conhece de perto, pois só se pode sentir o gosto daquilo que já

está dentro do corpo".¹¹ O sabor, antes de tudo, devora as distâncias, esfacelando as imunidades e a dialética "dentro x fora" – não por menos há um céu na boca. Eis, enfim, o grande mistério da Eucaristia: "Tomai, comei, isto é o meu corpo...". Além disso, a sensação de comer algo é bastante complexa, a começar pelo fato de que os sabores não são estáticos, ao contrário: os sabores são dinâmicos e mudam constantemente:

*"(...) Os sentidos não são estáticos. São antes propriedades mutáveis e elusivas, constantemente reorganizadas por mudanças socioculturais e tecnológicas, continuamente deslocando a normatividade da lei em direção a novas potencialidades."*¹²

Essa sensação gustativa dinâmica resulta, muitas vezes, da interação multimodal entre sabor, gosto, temperatura, textura, perfume, som, lugar, paisagem etc. "Na verdade, o paladar não se reduz às sensações somatossensoriais, causadas pelos receptores do aparato oral. (...) O paladar é, portanto, um entrelaçamento do corpo com a mente, em constante interação com o meio ambiente"¹³. Não por mero acaso, na famosa conferência com que inaugurou a sua cátedra de semiologia literária no *Collège de France*, pronunciada em 7 de janeiro de 1977, Roland Barthes já ressaltava, entre tantas outras coisas interessantes, que saber e sabor têm, em latim, a mesma etimologia (o verbo latino *sapare*).¹⁴ Aliás, ainda hoje, em Portugal, costuma-se dizer que "a comida sabia bem" para se referir a um prato saboroso. E justamente por isso não seria imprudente enxergar alguma divina coincidência entre o fogo do fogão de cozinha e o fogo do saber roubado por Prometeu.

Por tudo isso, ao se tentar empreender uma inusitada investigação sobre o sabor do Direito, está-se a tentar, em verdade, um exercício filosófico de epistemologia ou mesmo ontologia sobre a própria juridicidade contemporânea e suas fenomenologias. Compreender o sabor do Direito é, também, digerir lentamente as suas categorias dogmáticas, afastando-se do *pret-à-penser* jurídico e dando chance a uma epistemogastronomia *slow-food*. O saber (jurídico inclusive) é alimento para o espírito!

Verdade é que, nos últimos anos, tem sido cada vez mais frequente a referência a um Direito Multissensorial, ou seja, um Direito que pode ser assimilado pelos cinco sentidos e não pura e exclusivamente pela visão e/ou audição. Não há dúvida de que, ao longo da história jurídica, o Direito tem sido em sua maior parte verbal e/ou escrito – da oralidade das audiências ou das normas consuetudinárias à escrita dos diplomas legislativos, da doutrina e da jurisprudência –, mas isso começa a mudar. O Direito Multissensorial ou *Multisensory Law* é um conceito criado em 2011 pela Profa. Dra. Colette R. Brunchwitz, da Faculdade de Direito da Universidade de Zurique, Suíça, que cunhou a referida expressão a partir da constatação de que manifestações jurídicas verbi-voco-olfato-palato-tato-visuais eram não apenas possíveis mas bem assim necessárias na sociedade cada vez mais multimídia em que se vive. Eis um apertado resumo do que Brunchwitz entende por Direito Multissensorial:

*"Seres humanos são seres multissensoriais e vivem num mundo multissensorial. A comunicação humana, assim como os cinco sentidos (audição, visão, tato, paladar e olfato), envolvem a produção e percepção de mensagens. Sistemas multimodais ou multissensoriais são capazes de receber e enviar informações por vários canais sensoriais, incluindo visão, audição, movimento, e, preferencialmente, todos os cinco sentidos. Esses sistemas informáticos são usados não apenas na comunicação humana, mas também na comunicação entre máquinas. Tais sistemas fizeram surgir no século XXI uma tendência a práticas de comunicação multissensorial digital. As mídias multissensoriais digitais nos ajudam a produzir sentido por meio do uso de dois ou mais sistemas simbólicos discretos (i.e. audiovisual, visual-sinestésico, e assim por diante). O advento das mídias digitais e de suas implicações legais levou alguns acadêmicos a insinuar que uma virada visual também está acontecendo no âmbito do direito. Embora essa insinuação seja parcialmente verdadeira, o discurso jurídico, comumente restrito ao verbal e ao visual, apresenta dificuldades para se tornar suficientemente atento às mídias multissensoriais digitais, fracassando, portanto, na tentativa de explorar adequadamente essas mídias e seus impactos no direito, numa evidente incongruência quanto ao fato da crescente importância delas. A ênfase desproporcional da comunicação verbal e visual no direito leva à marginalização, ou mesmo à desconsideração, de outras modalidades de comunicação digital legal existentes ou futuras."*¹⁵

Nessa perspectiva, fala-se, atualmente, não apenas em um Direito visual, mas também em outras formas sensoriais de apreensão e produção do fenômeno jurídico. E continua Colette R. Brunschwig:

*"Qual é o objeto do direito multissensorial? Em termos simples, essa nova disciplina jurídica explora os fenômenos sensoriais do direito, sejam eles unissensoriais (i.e., visuais, auditivos, sinestésicos, e assim por diante) ou multissensoriais (i.e., audiovisuais, táteis-sinestésicos, visuais-sinestésicos, e assim por diante). O direito multissensorial tem por foco o direito como fenômeno uni e multissensorial dentro e fora do contexto legal. Ele lida apenas marginalmente com os fenômenos uni e multissensoriais nas fontes jurídicas em sentido estrito, porque estas são exploradas principalmente pelas já estabelecidas disciplinas jurídicas sobre o direito aplicável."*¹⁶

É com essa mesma perspectiva sinestésica¹⁷, multissensorial, sensitiva, sensacional ou sensual em mente que o presente texto buscará, nas páginas seguintes, desvelar possíveis sabores do Direito. Recorde-se que as relações entre sabor, gosto, paladar e Direito não são recentes nem tampouco diminutas: há muitos séculos¹⁸ que as normas jurídicas cuidam de regular as nossas formas de comer, produzir alimentos e consumi-los, nisso incluindo as regras sobre proteção à saúde, rotulagem, demarcações geográficas, autenticidade, comércio internacional

(*Codex Alimentarius*) e patrimônio cultural imaterial gastronômico. Domesticamente, o Direito Civil fala ainda no “dever de alimentos”. Não é de hoje, também, que o Direito define o quê e como pode ser comida e, em alguns países, até garante um direito fundamental à comida e à segurança alimentar.¹⁹ Na Europa e nos Estados Unidos, há tempos também já está bem estabelecido um ramo autônomo do Direito denominado *Food Law* (Direito da Alimentação), campo transdisciplinar localizado algures entre o Direito Econômico, o Direito Administrativo e o Direito do Consumidor. Isso para não falar da prestigiosíssima “*Association Internationale des Juristes pour le Droit de la Vigne et du Vin*” (AIDV), fundada em 1985 com o objetivo de analisar as questões jurídicas relativas ao comércio internacional do vinho.²⁰

Neste ponto, cabe observar, todavia, que o empreendimento aqui proposto está muito longe de ser uma tarefa de ordem cartesiana, sob o aspecto cognitivo, muito menos regulatória, sob o prisma prescritivo, e sim uma analogia livre, que tange muito mais à aventura de pensar do que à racionalidade acadêmica mais restrita. Assim, em lugar de ensinar, busca-se aqui desaprender algumas velhas certezas, como bem já propôs Roland Barthes naquela mesma conferência referida acima:

*"Há uma idade em que se ensina o que se sabe; mas vem em seguida outra, em que se ensina o que não se sabe: isso se chama pesquisar. Vem talvez agora a idade de uma outra experiência, a de desaprender, de deixar trabalhar o remanejamento imprevisível que o esquecimento impõe à sedimentação dos saberes, das culturas, das experiências que atravessamos. Essa experiência tem, creio eu, um nome ilustre e fora de moda, que ousarei tomar aqui sem complexo, na própria encruzilhada de sua etimologia: Sapientia: nenhum poder, um pouco de saber, um pouco de sabedoria, e o máximo de sabor possível."*²¹

E, justamente por isso, a estética do presente texto acosta-se mais à leveza do ensaio literário (tanto em forma quanto em tentativa) do que à perpetuidade do artigo acadêmico propriamente dito. Não se pretende ser categórico aqui, tampouco se busca uma verdade definitiva no fim do caminho. Como os verdadeiros “gastronautas” que se dedicam a expedições gastronômicas para explorar novas sensibilidades, o maior prazer é experimentar outras possibilidades alimentares e sentir os paladares possíveis que se descortinam ao longo do percurso – sem esquecer que, em italiano, o *saggio* (i.e. o ensaio literário mas também o sábio) liga-se tanto ao substantivo *assaggio* (uma provadinha, um pedacinho) como ao verbo *assaggiare* (provar ou experimentar algo). Que se empreenda a partir de agora, pois, aquela mesma viagem proposta pelo grande Ítalo Calvino:

"A verdadeira viagem, enquanto introdução de um 'exterior' diferente do nosso habitual, implica uma mudança total da alimentação, engolir o país visitado, na sua fauna e flora e na sua cultura (não só as diferentes práticas da cozinha e do tempero mas o uso de diversos instrumentos com os quais se amassa a farinha ou se mexe a panela),

fazendo-o passar pelos lábios ou pelo esôfago. Este é o único modo de viajar que faz sentido hoje, quando tudo o que é visível pode ser visto pela televisão sem sair da poltrona de cada um."²²

Bom apetite!

2. LES ENTRÉES

Farinhas do mesmo saco: antes de avançar para especulações mais específicas sobre os sabores do Direito, parece oportuno ressaltar antigas e estáveis relações entre comida e cultura. Nesse campo, poder-se-ia começar abordando a evolução da gastronomia e de suas diferenças culturais; comentar como a gastronomia pode aproximar pacificamente os povos; abordar a culinária como arte e falar também da antropofagia, bem como dos predadores naturais na cadeia alimentar, remontando a Charles Darwin. Há várias abordagens possíveis das questões gastronômicas e do paladar, inclusive de índole sociológica, antropológica, histórica e filosófica, donde se pode inferir que a matéria não é nada desprezível mas, ao contrário, é bem presente na história das civilizações e nas relações humanas. "O universo não é nada senão pela vida, e tudo o que vive se alimenta."²³

Lembrando de Gilberto Freyre e o seu fabuloso "Açúcar – Uma Sociologia do Doce", é de se mencionar que uma sociologia da alimentação decorre dos próprios fundamentos da vida social, pois nenhuma outra atividade será tão presente na história humana. Toda concepção de organização social e sobrevivência – a começar pela caça, pesca, extrativismo, agricultura, etc., - relaciona-se à alimentação. Desde o neolítico, as armadilhas e primeiros instrumentos fabricados pelo homem tinham como finalidade o ato de se alimentar.²⁴ Ora, vai daí, entende-se que a comida e tudo o que se relaciona a ela – v.g. o paladar – pode ser tratado à guisa de arquétipo de um inconsciente coletivo²⁵ e individual, indelevelmente inculcado nas entranhas mais recônditas da mente humana, remontando à memória dos sabores e às decorrentes sensações prazerosas ou desagradáveis. Por ser assim um arquétipo incrustado nas remotas paragens mentais humanas, não há de ser vã a investigação sobre as eventuais relações entre a sensação do paladar e o sentimento de justiça ou o sentimento da juridicidade.

Cada cultura tem sua própria gastronomia e a invenção de um novo prato pode ser festejada, mas entendida também como audácia e temeridade. Todas as sociedades providenciam provisão e conservação de alimentos, sendo que nas casas brasileiras e portuguesas, a "despensa" já teve lugar de destaque e poderá voltar a ter, dependendo dos movimentos da economia. Em muitas casas, ainda, o petisqueiro foi um móvel indispensável nas copas e salas de jantar. Há elementos básicos na composição gastronômica de cada país ou região, que fazem as vezes de fundamento da comida de um povo ou classe e, por conseguinte, do paladar. Pode-se contar a história de uma nação, por exemplo, através da história dos seus alimentos; e a organização social pode, ainda, ser entrevista sob o

viés da gastronomia e do paladar: o cozinheiro do rei lidava com especiarias jamais acessíveis ao escravo ou ao plebeu.²⁶

Há ritmos na alimentação: pode-se comer depressa ou devagar, dependendo das ocasiões sociais. Há, sobretudo, um biorritmo do ato de comer e digerir, que consiste em um dos fundamentos biológicos da vida na Terra. Existem ainda o folclore, as crendices, as lendas e as superstições relacionadas à comida,²⁷ revelando que a alimentação encerra, também, composições do imaginário popular e abstrato de cada cultura, e não somente da sua biologia, em termos concretos. O folclore da alimentação é tão complexo e variado quanto a sua própria história. Os costumes à mesa e a etiqueta, como gestos de respeito, retratam os valores de um grupo social, em uma dada época e, por certo, revelam um vestígio religioso inapagável.²⁸

Considerando-se as estratégias alimentares nos tempos pré-históricos e nas primeiras civilizações, vê-se que houve uma humanização das condutas alimentares, entre as quais se destaca, por exemplo, a função social do banquete.²⁹ Já na Bíblia há regras alimentares hebraicas, enquanto que os fenícios, cartagineses, etruscos e romanos, na Antiguidade, desenvolveram seus próprios meios, rituais e simbologias ligados ao ato de comer e ao paladar. Estes últimos chegaram a desenvolver uma "gramática da alimentação e das refeições romanas", estabelecendo tipologias, regras e vocabulário que levam mesmo a pensar.³⁰ Na Alta e na Baixa Idade Média, a alimentação relacionava-se diretamente às questões do feudalismo e da subsistência, além, como em todos os tempos, do mercado. Já naqueles tempos, culminando no período moderno, a culinária de uma região adentra a outra, promovendo intercâmbio e fusão entre costumes. Ainda na Modernidade, a par da rápida expansão do açúcar, expande-se igualmente a gastronomia, diferenciando-se desde a dietética até a liberação da gula.³¹

Todavia, é no período contemporâneo que o ato de comer torna-se um estilo ou uma arte, muito além de uma simples necessidade vital, com novos requintes para o paladar. Os primitivos artefatos de cozinha evoluíram até o forno de micro-ondas e aos "freezers"; surge o "fast-food" e a industrialização dos alimentos que, agora, podem ser até mesmo em pílulas.

Entretanto, para a proposta aqui estabelecida de relacionar o Direito e o sentimento de justiça ao sabor, é oportuno lembrar que quem faz a comida a tempera sempre ao seu próprio paladar; paladar corresponde então ao timbre da cultura, tal e qual o senso de justiça de cada povo. A doçaria é sempre na Europa, com influências mínimas da China e da Índia. Não há doce africano, nem indígena. No Brasil, o povoador português comeu das mãos indígenas e africanas, mas a cozinha foi plasmada pela mulher portuguesa³², donde deriva então um paladar todo próprio, para uma nação. Enfim, o gosto alimentar é portador de laços sociais. As comidas e bebidas são objeto de discurso, de debates, comportamentos e comunicações. Quanto ao hábito, é certo que a familiaridade aumenta a aceitabilidade³³ – seria assim com as normas jurídicas e com a sua aplicação?

Por tudo isso, soa válida a associação entre o paladar, o Direito e o senso de justiça, pois como se disse acima, comer é um ato cognitivo: conhece-se também pelo gosto, o que levou Charles Fourier a criar o termo

*gastrosofia*³⁴, que lhe pareceu mais apropriado do que gastronomia. Isso indica não apenas que há uma fonte de conhecimento empírico direto, associada ao paladar, mas também que é possível colocar na mesma mesa espada, balança, panelas, pratos e talheres.

3. LES PLATS PRINCIPAUX

A conversa, agora, chegou à cozinha.

Para além dos acima mencionados "Direito da Gastronomia" e "Direito da/à Alimentação", são muitos os pontos de contato estruturais entre a juridicidade e o paladar, a começar pelo principal órgão com que ambos se processam: a língua! "*Cortou a língua, acabaram-se o gosto e a palavra*"³⁵, e a oralidade é insita ao Direito e à gastronomia. A mesa, esse móvel tão importante, é outro ponto da interseção entre o Direito e a gastronomia contemporâneos – ambos são incompreensíveis sem a presença solene de uma mesa em seus locais de trabalho e realização. Pode-se, hoje, preparar o jantar e o Direito sem uma mesa? Aliás, essa preparação culinária, tanto quanto a jurídica, requer igualmente prudência e ritual, verdadeira coreografia.³⁶ Em especial, aquela prudência e precisão próprias do Direito e da culinária transfiguram-se em um instrumento comum às cozinhas e aos tribunais: a balança. De modo a conferir certeza, segurança e previsibilidade a quem os executa, o Direito e a Culinária têm nas receitas e nos códigos a sua norma (*nomos*). Comer é, registre-se, um ato amplamente regulamentado e normatizado, desde as receitas, passando pelos bons modos à mesa, até chegar aos espaços dedicados à alimentação e à própria regulação do alimento. Quem senta, quando senta e onde senta são regras rígidas do cerimonial nos refeitórios, nos salões de banquete diplomático e nas salas de audiência. Conservadores em essência, Direito e gastronomia lidam com tradições e repertórios, a ponto de confluírem para a constituição de um "patrimônio cultural imaterial da humanidade". Esse patrimônio cultural imaterial, nos últimos tempos, tem sido marcado, em algumas searas, por um certo prestígio da *lightness*, do macio, do leve, encontrados tanto nas "espumas de salmão" da cozinha molecular como no vigor da principiologia jurídica e do *soft-law*.³⁷ Direito e gastronomia, além do mais, vivem hoje uma constante tensão entre localidade e globalidade, tradição e novidade, rapidez e velocidade, minimalismo e barroco³⁸ – tudo isso decorrente do fato de que ambos, direito e cozinha, viajam, circulam, transitam e não apenas como receita ou legislação, mas como "forma de pensar e agir de uma coletividade"³⁹.

Ademais, bem adverte o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior que o discurso jurídico se fundamenta na decidibilidade⁴⁰, assim, o juízo é categoria central tanto para o Direito como para o gosto. Em ambos, o "julgamento" desempenha um papel fundamental: "*De fato, (...) direito e paladar compartilham o mesmo mecanismo básico: o julgamento. Diferentemente dos outros sentidos, o paladar é sempre um ato de julgamento.*"⁴¹ O Direito também é, em grande parte, julgamento: a todo momento o jurista se vê inclinado a optar por caminhos que o levam ao certo ou ao errado, ao

justo ou ao injusto, ao torto e ao direito. Para além desses códigos (aparentemente) binários, há rituais e gramáticas próprias tanto no Direito como na Arte Culinária e fugir deles – os rituais e gramáticas – é sempre arriscado. O Prof. Bjerne Melkevik bem traduz esse apego do jurista a um texto:

*"(...) Um jurista trabalha com textos e (...) estes são para ele meros instrumentos de trabalho. (...) Isso significa que, da mesma maneira que um carpinteiro trabalha com um martelo, uma serra, uma furadeira, etc. (...), o jurista trabalha com textos."*⁴²

Com essas e tantas outras pontes de contato culturais, não chega a espantar que muitos juristas – a começar por Jean Anthelme Brillat-Savarin⁴³, passando ainda por Grimod de La Reynière⁴⁴, por Joseph Berchoux⁴⁵, pela Ministra Eliana Calmon⁴⁶ e pelo Prof. Dr. Gladston Mamede⁴⁷ – se dediquem com grande entusiasmo e competência ao Direito e à Culinária ou à Gastronomia. A propósito, Brillat-Savarin, o jurista-gastrônomo, tinha uma definição muito ampla de gastronomia, enciclopédica mesmo, qual seja: *"a gastronomia é o conhecimento racional de tudo que é relacionado ao homem, no que concerne à sua alimentação."*⁴⁸ Quanto a isso, se é bem verdade que, como dizem as Sagradas Escrituras, *"bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão saciados"* (Mateus 5,6), pode-se inferir com segurança que a Justiça também constitui alimento para o homem e, portanto, inclui-se naquela larga definição de gastronomia formulada por Brillat-Savarin. Para Brillat-Savarin e seu humanismo culinário, o tema gastronômico permitia que se discorresse, através dele, sobre uma plêiade de outros temas: geografia, economia, história e (por que não?) Direito.

Foi o mesmo jurista Brillat-Savarin quem, ainda na segunda década do século XIX (1825), formulou o aforismo *"diz-me o que comes, e eu te direi que tu és"*⁴⁹, em sua clássica obra gastronômica *"Physiologie du Goût"*. Embalado por um raciocínio semelhante, esse também parece ter sido o ponto de partida de Claude Lévi-Strauss em *"O Cru e o Cozido"*, para quem é possível *"mostrar de que modo categorias empíricas, como as de cru e de cozido, de fresco e de podre, de molhado e de queimado etc., definíveis com precisão pela mera observação etnográfica, e sempre a partir do ponto de vista de uma cultura particular, podem servir como ferramentas conceituais para isolar noções abstratas e encadeá-las em proposições"*⁵⁰ O gosto, portanto, revela uma dupla experiência no mundo – tanto a experiência ativa (de fazer experiências ou *Erfahrung* em alemão) como a experiência passiva (de viver experiências ou *Erlebnis* em alemão).⁵¹

Em um caminho em tudo semelhante, uma provocante metáfora visual daquela máxima *"diz-me o que comes, e eu te direi que tu és"* parece ser o quadro *L'Avvocato* (também chamado de "O Jurista"), de 1566, um grotesco óleo sobre tela do pintor italiano Giuseppe Arcimboldo, que recorreu a múltiplos tipos de aves assadas e pescado inteiro para compor a fisionomia de um homem do Direito cujo corpo é feito de documentos e livros jurídicos (fig. 1). Costuma-se atribuir aquela estranha figura, velha, sisuda e seca, porém ainda nobre, ao jurista germânico Johann Ulrich Zasius,

influyente advogado nas cortes dos monarcas habsburgos Ferdinando I e seu filho Maximiliano II. Chama especial atenção no retrato elaborado por Arcimboldo a sua irracionalidade: justamente a cabeça do jurista é tomada pela animalidade. Decididamente, de perto ninguém é normal. O fato de os documentos (cadernos e folhas soltas) estarem no peito, perto do coração do retratado, não deixa também de ter a sua graça: é mesmo o lugar de uma "erótica" (ou uma hermenêutica jurídica cordial), como muitos séculos depois viria a propor Susan Sontag. Enfim, essa proximidade entre Artes Visuais, Artes Culinárias e Direito não é inocente! Arte, Cozinha e Direito são linguagens pelas quais cada sociedade codifica certas mensagens através de ritos, signos, ações, técnicas, operações simbólicas e rituais. Todas aquelas três manifestações – Arte, Cozinha e Direito – constituem expressões de linguagem e, por isso mesmo, são espaços adequados à expressão/interpretação. Prova disso são os restaurantes que, para transmitir uma certa mensagem de contemporaneidade, adotam pratos quadrados, guardanapos negros, talheres assinados por designers italianos, a apresentação da comida é claramente Bauhaus e o vinho é descrito no menu como um denso texto semiótico de Haroldo de Campos. Portanto, há retóricas artísticas, gastronômicas e jurídicas, todas com enorme capacidade expressiva. Na interseção entre tudo isso acha-se a "eat art", a corrente artística, criada nos anos 1960, entre outros, por Daniel Spoerri, que colocava os alimentos como obras de arte.

Muito séculos antes da "eat art", Giuseppe Arcimboldo não pintou apenas aquele "Jurista" em tom crítico ou caricatural. A sua obra é vasta e os recursos de que se valeu para retratar com acidez seus personagens foram muitos: animais, flores, frutos, vegetais etc. Não é crível, pois, que, ao retratar o prestigiado advogado Johann Ulrich Zasius, a opção por aves e peixes não tenha sido muito bem refletida!

De todo modo, com Arcimboldo é possível entender que o Direito não tenha um doce sabor. Doce pode ser o sabor de uma vitória judicial em particular. Doce é o leite materno – o primeiro alimento humano. Nas semanas iniciais de amamentação, o leite materno tem muita lactose, o que permite que seja discretamente doce a princípio. Com o correr do tempo, a lactose vai diminuindo e o leite materno passa a ter uma quantidade maior de sais minerais, fazendo com que o sabor fique levemente salgado. O sabor doce, ademais, sempre esteve relacionado ao extrativismo nômade mais primitivo: o mel e a fruta, muito antes do açúcar, foram alimentos humanos e estão ligados à ideia de natureza, quando o homem era essencialmente coletor. Como construção cultural (ou civilizatória), o Direito não se constitui em uma dádiva da natureza; um maná. Nunca dado, o direito é, sim, sempre construído, elaborado, e, por isso mesmo, estaria mais afeito aos sabores salgados – como os da caça e, posteriormente, os da agricultura e da cozinha de alguns pratos.

Não que seja necessariamente azedo, mas o Direito pode, sim, ser salgado. Mas há, sem dúvida, muitos alimentos salgados. Que tipo de sabor salgado estaria mais próximo do Direito? O cru? O cozido? O assado? O podre? O frito? Por uma razão semelhante à do sabor doce, os crus e os podres também não teriam grande proximidade com o Direito, uma vez

que denotariam algum naturalismo. Cru seria o sabor da vingança privada. Podre, a pena de morte. O estado de natureza sangra como um naco de carne. A aparente racionalidade e complexidade dos sistemas jurídicos contemporâneos o deixam longe dos sabores "in natura". Como algo transformado que é, objeto cultural, o Direito é, na verdade, "res non naturalis" e, por isso, mais próximo da "comida" do que do "alimento". Nesse sentido, explica Massimo Montanari a diferença cultural entre comida e alimento:

"Cozinhar é atividade humana por excelência, é o gesto que transforma o produto "da natureza" em algo profundamente diverso: as modificações químicas provocadas pelo cozimento e pela combinação de ingredientes permitem levar à boca um alimento, se não totalmente "artificial", seguramente "fabricado". Por isso, nos antigos mitos e nas lendas de criação, a conquista do fogo representa (simbolicamente, mas também materialmente e tecnicamente) o momento constitutivo e fundador da civilização humana. O cru e o cozido, aos quais Claude Lévi-Strauss dedicou um ensaio famoso e, com razão, representam os polos opostos da contraposição (...) entre natureza e cultura. Na mitologia grega, o fogo pertence somente aos deuses, mas apenas até o momento em que o gigante Prometeu revela o segredo aos homens. É um gesto de piedade em relação a esses seres nus e indefesos (...)."52

Por fim, o frito tampouco parece traduzir a inteireza do sabor da juridicidade. O processo de fritura consiste, em suma, em surpreender o alimento com um calor muito forte do óleo ou da gordura⁵³. A ideia de surpresa, todavia, não se coaduna com a juridicidade, que aprecia, sim, muito mais a previsibilidade e a estabilidade. O tempo do Direito não é o mesmo tempo da veloz fritura.

Portanto, por eliminação, o Direito deve ser algo cozinhado, algo que tem uma natureza transformada pelo fogo do saber, assim como o cozinheiro – por suas receitas, gestos e técnicas – modifica alquimicamente o sabor natural das coisas. Trilhando esse percurso sensorial, seguir-se-iam os sabores de assados e de cozidos. Teria o Direito um sabor de algo cozido ou de algo assado? Ora, o Direito está longe de ser algo sólido, uniforme, rígido e consistente como um leitão, um pernil ou um frango assados. É próprio do Direito um certo caldo, com sua mobilidade e inconsistência própria das sopas, dos guisados, dos fundidos. Sobretudo hoje em dia, o Direito escorre e avança para tomar a quase totalidade da vida quotidiana, adentrando áreas impensáveis até há pouco. Mas o Direito não é homogêneo como uma sopa, um *consommé* ou um *fondue* de queijo! Tampouco ralo. O Direito é espesso, grosso.

Ademais de sua apresentação e consistência, o assado ainda guarda muitas proximidades com o cru. O assado é uma reminiscência atávica do cru, da caçada, do selvagem, "uma vez que não exige outros meios além do fogo, sobre o qual a carne cozinha violenta e diretamente. (...) O cozido, em vez disso, que "medeia" por meio da água a relação entre o fogo e a comida, e exige o uso de um recipiente – ou seja, de um artefato cultural – para

conter e cozinhar as carnes, tende a assumir significados simbólicos ligados mais à noção de domesticidade⁵⁴. Rubem Alves concorda com essa perspectiva “selvagem” do assado:

"O churrasco é o produto mais primitivo da culinária. Antes dele era a carne crua. Aconteceu por acaso: o fogo aceso, na caverna, por causa do calor. Os trogloditas ao redor da carne crua. Veio o sono. Dormiram. Quando acordaram, o fogo havia queimado a carne. Ficaram bravos mas resolveram comer assim mesmo. Descobriram que a carne havia ficado mais macia e mais gostosa. Assim se inventou o churrasco. O churrasco é a primeira técnica culinária de que se tem notícia. Era só jogar a carne na brasa. Levou séculos, talvez milênios, para que nossos antepassados tivessem a ideia de usar espetos. O cheiro da gordura queimada que pinga sobre as brasas é a "deixa" olfativa que faz o troglodita que mora em nós sair da caverna em que se esconde."⁵⁵

Ao passo que o assado está presente como prato principal nos majestáticos banquetes formais, nas comemorações de vitórias bélicas e caçadas ao ar-livre, sempre com muitos comensais, os cozidos são próprios das cozinhas camponesas, da domesticidade *en petit comité*. O grande assado é, além do mais, essencialmente masculino – o mundo das churrasqueiras, dos fogareiros, do sal grosso e dos espetos –, enquanto que os cozidos e seus tachos, panelas e caldeirões são – como a Deusa da Justiça (e as bruxas) – bastante ligados ao universo do feminino e aos seus requintes e sensibilidade. De novo, Rubem Alves é preciso:

"O churrasco imagina espetos, facas, garfos: objetos fálicos, masculinos, infernais. O churrasco precisa de perfurações, cortes, dilacerações. As mandíbulas lutam com a carne. A carne resiste."⁵⁶

Os cozidos, por sua vez, lembram fluidez, umidade e água. E mais: "o líquido é o estado anterior e posterior do alimento, a sua história total, e portanto a sua verdade".⁵⁷ É o suco nutritivo ou gustativo, de dar água na boca. Para além de cozido, o Direito tem sabor heterogêneo, misturado, complexo, cuja consistência alterna pedaços mais tenros e pedaços mais duros, difíceis de engolir, mas sempre com muito caldo. Assim, o Direito teria um aspecto muito próximo dos pesados cozidos rústicos, feitos nos grandes caldeirões e abertos a múltiplas influências culturais. O Direito, portanto, estaria mais afeito à complexidade gastronômico-cultural da feijoada brasileira, do cozido português, do *callos a la madrileña* espanhol, do *cassoulet* francês, do *ossobuco* italiano, todos eles pratos de *assamblage* ou de sincretismo. Em todos esses pratos, há um perfumado molho que, uma vez na boca, envolve pouco a pouco todo o organismo, esquentando-o. Esse molho essencial dá unidade e sistematização ao prato heterogêneo.

Esses cozidos nasceram como restos ou sobras – a *ultima ratio* da despensa " que foram para a panela porque já não havia partes nobres a serem consumidas. Autopoieticamente, o cozido não deixa de ser, do mesmo modo, uma "poção mágica por meio da qual o que estava perdido

é salvo da perdição e reconduzido à circulação da vida e do prazer".⁵⁸ Esses pratos foram legados às gerações posteriores pela tradição oral das gerações antigas e apenas mais recentemente foram transcritos em livros de receitas. Essa cozinha rústica, de múltiplas convergências e molhada era uma cozinha oral que só foi transcrita muito tempo depois de fortemente enraizada na cultura alimentar daquelas populações.

Diz-se que esses cardápios são pratos de *assamlage* ou de sincretismo não apenas porque misturam múltiplos ingredientes e referências, mas também porque reúnem normalmente muitos comensais. Ninguém prepara uma feijoada apenas para si; ela demanda sociabilidade.

4. LE DESSERT

O texto acadêmico desenvolve um percurso temporal em tudo semelhante ao processo de fabricação do vinho. Na fase inicial do processo, ou vinificação, do esmagamento e prensagem dos frutos colhidos nas videiras advém um caldo rústico e doce, o mosto, que, uma vez fermentado, dará origem ao vinho. Nas teses, dissertações e artigos acadêmicos, também ocorre uma fermentação (intelectual) semelhante, tendo, no lugar das uvas, as referências iniciais da pesquisa. Essa etapa primeva do processo, requer não apenas uma colheita (ou vindima, no parreiral, na biblioteca ou no laboratório) adequada, mas também, a seguir, uma prévia separação de ramos e folhas (inservíveis). Após essa primeira etapa, vem o amadurecimento, a segunda fase por que passa a produção do vinho. O amadurecimento ocorre quando o vinho rústico é transferido dos grandes tonéis de aço em que houve a fermentação para barris de carvalho. É nessa etapa que o vinho toma contato com o meio-ambiente das adegas e se oxigena lentamente, perdendo seus taninos e equilibrando aromas e sabores. O vinho vai sendo "afinado", perdendo a adstringência e tornando-se mais macio à medida que entra em contato com o oxigênio pelos poros dos barris de carvalho. Essa segunda fase, o amadurecimento, é, de maneira semelhante, vista nos trabalhos acadêmicos, que bem assim demandam uma oxigenação, quer nos exames de qualificação ou nas conversas ao longo da redação do texto, a fim de perder a adstringência dos seus argumentos e valorizar os seus aspectos mais positivos. O vinho é um ser vivo e, depois do amadurecimento, vem finalmente o envelhecimento. Essa etapa ocorre já na garrafa ou, nas teses e trabalhos acadêmicos, após a defesa pública ou publicação. Ao contrário do que pensa o senso comum, nem todo vinho envelhece bem! Apenas os grandes vinhos – os "vinhos de guarda", como Brunellos e Bordeaux – são capazes de, com a longevidade, ganharem ainda mais sabor, complexidade e riqueza sensoriais. Se a base do vinho ou de uma tese é débil (o *terroir* ou a pesquisa), o tempo é incapaz de melhorá-lo.

Essa digressão não tem outro intuito senão o de ressaltar que o presente texto ainda é uma reflexão em processo de maturação sobre o tema sensorial no Direito, com especial atenção ao sentido do paladar. Feita a colheita, o resultado agora começa a ser oxigenado e aerado. Como se disse

desde o início, cuida-se aqui de um ensaio ou, em um italiano reinventado, de um *(as)saggio*. Não se busca fixar, a ferro e fogo, um único sabor para o Direito, o que seria impossível, mas antes especular sobre possíveis sabores encontrados nas cozinhas da juridicidade, a partir de um ponto de vista transjurídico. Não há um sabor apenas. Há sabores, paladares, gostos, mesmo porque todos eles são dinâmicos e mudam constantemente. Não há uma verdade alimentar universal, tanto quanto não parece plausível uma verdade jurídica universal.

5. NOTAS

- ¹ “We must learn to see more, to hear more, to feel more” (Sontag, 1990, p. 14). Todas as traduções das passagens citadas ao longo do artigo são nossas, a menos que outra informação seja oferecida.
- ² “Ours is a culture based on excess, on overproduction; the result is a steady loss of sharpness in our sensory experience. All conditions of modern life – its material plenitude, its sheer crowdedness – conjoin to dull our faculties. (...) What is important now is to recover our senses. (...) In place of a hermeneutics we need an erotics of art.” (Sontag, 1990, p. 13-14).
- ³ “The modern style of interpretation excavates, and as it excavates, destroys” (Sontag, 1990, p. 6).
- ⁴ O tema já foi abordado em Franca Filho, 2011, *passim*.
- ⁵ Barreto, 2001, p. 38.
- ⁶ Britto, 2007, p. 75.
- ⁷ Ver, por exemplo, as indicações bibliográficas apresentadas em Philippopoulos-Mihalopoulos e Chrissyostalis, 2013, p. 3.
- ⁸ Franca Filho, Marcilio Toscano. *A Cegueira da Justiça - Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011.
- ⁹ Franca Filho, Marcilio Toscano. *O Silêncio Eloqüente - Omissão do Legislador e Responsabilidade do Estado na Comunidade Européia e no Mercosul*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ¹⁰ Carneiro, Maria Francisca; Venturi, Eliseu Raphael et al. *Qual é o cheiro do Direito? Primeiras conjeturas para uma semiótica da “matéria” jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3570, 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24139>>. Acesso em: 26 set. 2014.
- ¹¹ Alves, Rubem. Escritores e Cozinheiros. In: Alves, 1995, p. 156. O mesmo Rubem Alves é ainda mais incisivo: “(...) Comer não se aplica só ao que acontece à mesa (...). O cozinheiro e o amante são movidos pelo mesmo desejo: o prazer do outro. A diferença está em que o amante oferece o seu próprio corpo para ser comido, como objeto de deleite.” (op. cit., p. 156). O escritor italiano Italo Calvino, por seu turno, também fala em um “canibalismo universal que põe sua marca em cada relação amorosa e anula os limites entre os nossos corpos” (Calvino, 1995, p. 104). A boca, portanto, é órgão do desejo e não são poucos os alimentos que, na fronteira entre dois prazeres, se dizem afrodisíacos (Branlard, 1999, p. 220).
- ¹² “Senses are not static. Rather, they are shifting and elusive qualities, constantly reshuffled by socio-cultural and technological changes, always dislocating law’s normativity towards new potentialities.” (Philippopoulos-Mihalopoulos e Chrissyostalis, 2013, p. 3). No mesmo sentido: Brigenti, 2013, p. 39.
- ¹³ Perullo, 2013, p. 15. No mesmo sentido, Branlard, 2009, p. 31: o ato de comer faz intervir os cinco sentidos.
- ¹⁴ Barthes, s/d, *passim*.
- ¹⁵ “Humans are multisensory beings and live in a multisensory world. Human communication involves the production and perception of messages, as well as the five senses (hearing, vision, touch, taste, and smell). Multimodal or multisensory systems are capable of receiving and sending information by using various sensory channels involving vision, hearing, and movement, but preferably all five senses. Such computer systems are used not only in human communication but also in machine communication. These systems have brought forth a trend toward multisensory digital communication practices in the 21st century. Such multisensory digital media help us produce meaning by using two or more discrete sign systems (i.e., audio-visual, visual-kinaesthetic, tactile-kinaesthetic, and so forth). The advent of digital media and their implications for the law has prompted some scholars to suggest that a visual turn is also occurring in the legal context. Whereas this may be partly true, by restricting or confining the law to the verbal and visual, legal

discourse has difficulties in becoming sufficiently aware of multisensory digital media and thus fails to adequately explore these media and their impact on the law — in overt contradiction to the growing significance of such media. Overemphasising both verbal and visual legal communication leads to marginalising or even to ignoring other modalities of already existing or future digital legal communication” (Brunschwig, 2013, *passim*).

- ¹⁶ “What is the subject matter of multisensory law? Put simply, this emerging legal discipline explores the sensory phenomena of the law, be they unisensory (i.e., visual, auditory, kinaesthetic, and so forth) or multisensory (i.e., audiovisual, tactile-kinaesthetic, visual-kinaesthetic, and so forth). Multisensory law focuses primarily on the law as a uni- and multisensory phenomenon within and outside the legal context. It deals only marginally with the uni- and multisensory phenomena in the legal sources in a strict sense, because they are explored chiefly by the established legal disciplines of applicable law” (Brunschwig, 2013, p. 240-241). E também: Brunschwig, 2011, p. 573-667.
- ¹⁷ Sinestesia é o fenômeno sensorial em que se misturam múltiplos sentidos, em outras palavras, é o que permite ver sons, cheirar palavras, ouvir cores, saborear músicas ou atribuir cores a números e letras. Um bom exemplo de sinestesia é visto no filme de animação *Ratatouille* (2007, direção de Brad Bird, Pixar), cujo personagem principal “Rémy, um camundongo *gourmand* que sonha se tornar chefe de cozinha – era capaz de ver o sabor dos alimentos.
- ¹⁸ A referida multissecularidade não é mera força de expressão: o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, por exemplo, em acórdão de 05 de março de 1996 (Processos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Coletânea 1996, p. I-1029-I-1163) tratou de um pedido de decisão prejudicial requerido pelo *Bundesgerichtshof* alemão em um processo em que a fabricante de cerveja francesa *Brasserie du Pêcheur*, com sede em Schiltigheim (Alsácia), demandava contra a República da Alemanha uma pesada indenização pelos prejuízos que sofrera ao ser impedida de exportar a sua cerveja para a Alemanha, entre 1981 e 1987, em virtude de alegada desobediência aos padrões de fabricação estabelecidos na legislação alemã reguladora da pureza da cerveja (a “*Biersteuergesetz*”, de 14.03.1952, já declarada discriminatória e contrária à livre circulação de mercadorias garantida pelo Direito da União Europeia em um pronunciamento anterior do Tribunal de Justiça das Comunidades, datado de 12.03.1987). No cerne da proibição, estava uma velha prescrição bávara, remanescente de 1516, que reservava o nome “*Bier*” (“*cerveja*”, em alemão) para bebidas fermentadas produzidas segundo o processo específico que definia e com os ingredientes por ela prescritos. Noutro caso interessante, o *Conseil d’État*, francês, através do *affaire Caucheteux et Desmont*, de 21 de janeiro de 1944 (*Recueil Dalloz*, p. 65, 1944), tratou de um pedido de indenização contra o Estado francês decorrente dos graves prejuízos que uma lei de intervenção econômica trouxera a um fabricante de glucose pela redução legal do percentual de uso daquele produto na indústria cervejeira (de 30% para 15%), em nome da proteção dos produtores de cereais (lúpulo e cevada), cujas quantidades deveriam ser majoradas na fabricação de cerveja. Há muitos outros exemplos. No Brasil, Decreto nº 4.851/2003 (revogado pelo Decreto nº 6.871/2009) definia a caipirinha da seguinte maneira: “Caipirinha é a bebida típica brasileira, com graduação alcoólica de quinze a trinta e seis por cento em volume, a vinte graus Celsius, obtida exclusivamente com Cachaça, acrescida de limão e açúcar.”
- ¹⁹ “(...) O gosto deve ser controlado, disciplinado e moderado para que não seja transformado num pecado capital (a gula)” – de acordo com Philippopoulos-Mihalopoulos e Chrissyostalis, 2013, p. 4: “Taste has to be controlled, disciplined and moderated, to avoid it turning into a capital vice (gluttony)”. Sobre o direito à segurança alimentar, constituições como as da Bolívia, da Guatemala, do Brasil, do Nepal e do Zimbábue, por exemplo, trazem dispositivos específicos a propósito do direito à comida ou do direito à alimentação (cf. www.constituteproject.org). Há ampla bibliografia sobre esses temas também no Direito Internacional – cf. Goedert, 2014, p. 17-18.

- ²⁰ Para um panorama mais profundo do Direito da Gastronomia, consultar, por todos, Branlard, 1999.
- ²¹ Barthes, s/d, p. 45.
- ²² Calvino, 1995, p. 66.
- ²³ "L'univers n'est rien que par la vie, et tout ce qui vit se nourrit" (L'Aforism I. Brillat-Savarin, 1864, p. 9).
- ²⁴ Cascudo, 2004, p. 339.
- ²⁵ Jung, 1970, *passim*.
- ²⁶ Cascudo, 2004, p. 339.
- ²⁷ Cascudo, 2004, p. 339.
- ²⁸ Cascudo, 2004, p. 339.
- ²⁹ Flandrin e Montanari, 1998, *passim*. No mesmo sentido, Onfray, 1999, *passim*.
- ³⁰ Flandrin e Montanari, 1998, *passim*. Com efeito, há mesmo uma certa convencionalidade no comer e beber: "Em todas as sociedades, o modo de comer é regrado por convenções análogas àquelas que dão sentido e estabilidade às linguagens verbais. Esse conjunto de convenções, que chamamos de "gramática", configura o sistema alimentar não como uma simples soma de produtos e comidas, reunidos de modo mais ou menos causal, mas como uma estrutura na qual cada elemento define o seu significado. O léxico sobre o qual essa linguagem se fundamenta evidentemente consiste no repertório dos produtos disponíveis, plantas e animais (...)" (Montanari, 2013, p. 165).
- ³¹ Flandrin e Montanari, 1998, *passim*.
- ³² Cascudo, 2008, p. 12.
- ³³ AA.VV. *História da Alimentação*, 2005, p. 55.
- ³⁴ AA.VV. *História da Alimentação*, 2005, p. 55. Na mesma direção segue Michel Onfray: "O que é a gastrosofia? Ela é uma ciência ("ciência da garganta", escreveu o asceta Proudhon para criticá-la...) que combina gastronomia, cozinha, conserva, cultura, higiene, filosofia (fourierista), medicina. A gastrosofia sabe cozinhar, ela conhece, graças à teoria da analogia, a carga hieroglífica dos alimentos, ela se ativa na cozinha para criar o prazer de ser, e de estar junto, ela sublima os humores tristes integrando-os a banquetes vividos como performances estéticas ou "happenings" contemporâneos (como os dos futuristas...) que permitem, por exemplo, acabar com a extraordinariamente letal guerra nos moldes clássicos por meio da cenografia de combates com pequenos patês principais servindo como munição, ou de rolas de champanhe que explodem no lugar da munição do campo de batalha..." (Onfray, 2011, pp. 54-56: "Qu'est-ce que la gastrosofie? Elle est une science ("science de gueule", écrivait Proudhon l'ascète pour la fustiger...) qui combine gastronomie, cuisine, conserve, culture, hygiène, philosophie (fourériste), médecine. Le gastrosofie sait donc cuisiner, il connaît la charge hiéroglyphique des aliments en vertu de la théorie de l'analogie, il n'ignore rien de la médecine préventive associée aux aliments, il s'active en cuisine pour créer du plaisir à être, puis à être ensemble, il sublime les passions tristes en les intégrant dans des banquetes vécus comme des performances esthétiques ou des happenings contemporains (comme chez les futuristes) qui permettent, par exemple, d'en finir avec la guerre classique, létale à des niveaux inouïs, grâce à la scénographie de combats avec des petits pâtés pivotaux en guise de munitions, ou de bouchons de bouteilles de champagne qui explosent en lieu et place des munitions de champ de bataille").
- ³⁵ Barthes, 2004, p. 324.
- ³⁶ Branlard, 2009, p. 20.
- ³⁷ Sobre o conceito de *lightness* no Direito, ver Franca Filho, 2014, *passim*.
- ³⁸ Baggini, 2014, *passim*.
- ³⁹ Rabenhorst, 2014, p. 48.
- ⁴⁰ Ferraz Jr, 1997, p. 171-2.

- ⁴¹ "Indeed, (...) law and taste primarily share the same core mechanism: judgement. Perhaps differently from other senses, taste is always an act of judgement" (Philippopoulos-Mihalopoulos e Chrysostalis, 2013, p. 3). Em sentido próximo: Baggini, 2014, p. 101 e ss. O tema do juízo foi abordado também em Carneiro, s/d, *passim*.
- ⁴² "Un juriste travaille avec des textes et (...) ces derniers ne sont que des outils de travail. (...) Cela signifie que de la même façon qu'un charpentier travaille avec un marteau, une scie, une drille, etc (...), le juriste travaille avec des textes." (Melkevik, 2014, p.57-58).
- ⁴³ O francês Jean Anthelme Brillat-Savarin é considerado um dos pais fundadores da gastronomia moderna. Advogado e, depois, antigo presidente do Tribunal de l'Ain e, depois, Conselheiro na excelsa *Cour de Cassation* de Paris, é também o autor do clássico "Fisiologia do Gosto" ("*Physiologie du Goût*"), de 1825, referência incontornável da literatura gastronômica universal. Barthes (2004, p. 338) o define assim: "foi essencialmente um sujeito polimorfo: jurista, diplomata, músico, mundano, tendo conhecido bem o exterior e a província, a alimentação não foi para ele uma mania, mas antes uma espécie de operador universal do discurso".
- ⁴⁴ O excêntrico advogado e gastrônomo parisiense Alexandre Balthazar Laurent Grimod de La Reynière ganhou notoriedade durante o reinado de Napoleão por ser um dos primeiros críticos culinários da história. É autor do clássico guia gastronômico "*Almanach des Gourmands*", publicado em fascículos entre 1803-1812 (Branlard, 2009, p. 91).
- ⁴⁵ O juiz Joseph Berchoux, com o seu "L'Homme des Champs à Table", inventa e consagra a palavra "gastronomia" no vocabulário francês (Branlard, 2009, p. 90).
- ⁴⁶ Ministra aposentada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e afamada quituteira, a baiana Eliana Calmon é autora de um best-seller que já vai na 10ª edição: o livro "Receitas Especiais" REsp- (Rio de Janeiro: ed. JC, 2013), com mais de 360 páginas de receitas culinárias de doces e salgados, baianos e não só.
- ⁴⁷ O mineiro Gladston Mamede, por seu turno, Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professor universitário e autor de extensa obra jurídica no campo do Direito Privado, mantinha até há poucos meses um blog muito popular de crítica enogastronômica. Quem já teve a chance de provar um dos seus pratos, diz que é um alquimista dos bons.
- ⁴⁸ "La gastronomie est la connaissance raisonnée de tout ce qui a rapport à l'homme, en tant qu'il se nourrit." (Brillat-Savarin, 1864, p. 57).
- ⁴⁹ "Dis-moi ce que tu manges, je le dirai ce que tu es" (*L'Aforism IV*. Brillat-Savarin, 1864, p. 9).
- ⁵⁰ Levi-Strauss, 2010, p. 1.
- ⁵¹ Perullo, 2013, p. 19.
- ⁵² Montanari, 2013, p. 56.
- ⁵³ Barthes, 2004, p. 329.
- ⁵⁴ Montanari, 2013, p. 78-79.
- ⁵⁵ Alves, Rubem. Churrasco. In: Alves, 2000, p. 66-67.
- ⁵⁶ Alves, Rubem. Sopas. In: Alves, 2000, p. 70.
- ⁵⁷ Barthes, 2004, p. 321.
- ⁵⁸ Alves, Rubem. Sopas. In: Alves, 2000, p. 70. O Direito também tem as suas poções mágicas e o seu quê de magia. Sobre o tema, consultar por todos: Gurvitch, Georges. *A Magia e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

>> 6. LES BOISSONS

- AA.VV (2005).** *História da Alimentação*. [História – Questões & Debates, n. 42], Curitiba: UFPR.
- Alves, Rubem**
(2000). *Concerto para Corpo e Alma*. Campinas: Papirus.
(1995). *O Retorno e Terno - Crônicas*. Campinas: Papirus.
- Baggini, Julian (2014).** *The Virtues of the Table: How to Eat and Think*. London: Granta.
- Barreto, Tobias (2001).** *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Landy.
- Barthes, Roland**
(2004). *O Rumor da Língua*. São Paulo: Martins Fontes.
(2001). *Mitologias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
Aula. São Paulo: Cultrix, s/d.
- Branlard, Jean-Paul**
(2009). *La Gastronomie: Une Approche Juridique*. Paris: Eska.
(1999). *Droit et Gastronomie: Aspect Juridique de l'Alimentation et des Produits Gourmands*. Paris: LGDJ.
- Brigenti, Andrea Mubi.** *Remarks for a Territorialogy of Wine Tasting*. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 2013, 31-39.
- Brillat-Savarin, Jean Anthelme (1864).** *Physiologie du Goût*. Paris: Typographie de Henri Plon.
- Britto, Carlos Ayres (2007).** *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Forum.
- Bruncevic, Merima; Linné, Philip (2013).** *A Taste of Law and Coffee – From Macrocosm to Microcosm*. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 11-30.
- Brunschwig, Colette R.**
(2014) On Visual Law: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration. In: SCHWEIHOFFER, Erich et al. (eds.). *Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer*. Bern: Editions Weblaw, p. 899-933.
(2013) Law Is Not or Must Not Be Just Verbal and Visual in the 21st Century: Toward Multisensory Law. In: SVANTESSON, Dan Jerker B.; GREENSTEIN, Stanley (editors). *Internationalisation of Law in the Digital Information Society: Nordic Yearbook of Law and Informatics 2010-2012*. Copenhagen: Ex Tuto, p. 231-283.
(2012) Multisensory Law and Therapeutic Jurisprudence: How Family Mediators Can Better Communicate with Their Clients. *Phoenix Law Review*. v. 5, n. 4, Summer, p. 705-746.
(2011) Multisensory Law and Legal Informatics - A Comparison of How These Legal Disciplines Relate to Visual Law. In: GEIST, Anton et al (eds.). *Structuring Legal Semantics: Festschrift for Erich Schweighofer*. Bern: Editions Weblaw, p. 573-667.
- Calvino, Italo (1995).** *Sob o Sol-Jaguar*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Carneiro, Maria Francisca.**
(no prelo) O Juízo como Elemento comum ao Direito e à Arte. In: FRANCA FILHO, Marcilio Toscano et al. *Antimanual de Direito & Arte*. São Paulo: Saraiva, s/d.
(2008) *Direito, Estética e Arte de Julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora.
(2000) *Método de Valuación del Dano Moral – de los Lenguages al Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Carneiro, Maria Francisca; Venturi, Eliseu Raphael et al (2013).** Qual é o Cheiro do Direito? Primeiras conjeturas para uma semiótica da "matéria" jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3570, 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24139>>. Acesso em: 26 set. 2014.

- Carruthers, Mary (2006).** Sweetness. *Speculum*. v. 81, n. 04, October/2006, p. 999-1013.
- Cascudo, Luís da Câmara.**
(2008). *Antologia da Alimentação no Brasil*. São Paulo: Global.
(2004). *História da Alimentação no Brasil*. São Paulo: Global.
(1972). *Seleta*. Rio de Janeiro: José Olympio.
- Celho Netto, J. T (1990).** *Semiótica, Informação e Comunicação "Diagrama da Teoria do Signo*. São Paulo: Perspectiva.
- Ferraz Junior, T. S.(1997).** *Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva.
- Flandrin, Jean-Louis; Montanari, Massimo (1998).** *História da Alimentação*. São Paulo: Estação Liberdade.
- Franca Filho, Marcílio Toscano**
(2014). Multisensory Law and Italo Calvino's "Lezioni Americane". *Comparative Law Review*. v. 5, n. 1.
(2011). *A Cegueira da Justiça - Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris.
(2008). *O Silêncio Eloquente - Omissão do Legislador e Responsabilidade do Estado na Comunidade Européia e no Mercosul*. Coimbra: Almedina.
- Galgano, Francesco (2010).** *Le Insidie del Linguaggio Giuridico*. Bologna: Il Mulino.
- Goedert, Nathalie (dir.) (2014).** *A La Table du Droit: Repas, Droit et Cinema*. Paris: L'Harmattan.
- Gurvitch, Georges (2014).** *A Magia e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Jung, Carl Gustav (1970).** *Arquetipos e Inconsciente Colectivo*. (Versão castelhana de Miguel Murmis), Buenos Aires: Paidós.
- Jurafsky, Dan (2014).** *The Language of Food – A Linguist reads the Menu*. London: Norton.
- Lévi-Strauss, Claude (2010).** *O Cru e o Cozido – Mitológicas 1*. São Paulo: Cosac & Naify.
- Masciandaro, Nicola (2013).** *The Sweetness (of the Law)*. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 40-60.
- Melkevik, Bjarne (2014).** *Épistemologie Juridique et Dejà-Droit*. Paris: Buenos Books International.
- Mendes, A. C. (1994)** *Direito, Linguagem e Estrutura Simbólica*. Curitiba: Edição da Faculdade de Direito de Curitiba.
- Montanari, Massimo (2013).** *Comida como Cultura*. São Paulo: Senac São Paulo.
- Onfray, Michel.**
(2011). Confessions d'un Gastroscopiste [Entretien avec Marc Legros]. *Philosophie Magazine*. n° 50, Juin 2011, pp. 54-56.
(1999). *A Razão Gulosa – Filosofia do Gosto*. Rio de Janeiro: Rocco.
- Perullo, Nicola (2013).** *O Gosto como Experiência*. São Paulo: SESI-SP.
- Phillipopoulos-Mihalopoulos, Andreas; Chrystostalys, Julia (Editors) (2013).** *Introduction: Law and Taste*. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 3-10.
- Rabenhorst, Eduardo (2014).** Passagens dos Direitos: Breve Nota sobre a Circulação de Ideias Jurídicas. In: Silva, Luciano Nascimento; Bene, Catarina del (coord.). *Filosofia do Direito*. Livro I. Curitiba: Jururá, p.
- Rector, M. (1994).** Problemas e Tendências da Semiótica. *Revista Brasileira de Linguística*, Rio de Janeiro: UFRJ.
- Sontag, Susan (1990).** *Against Interpretation and Other Essays*. New York: Picador.
- Warat, L. A. (1995).** *O Direito e sua Linguagem*. (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

**ZONAS DE PROCESSAMENTO DE
EXPORTAÇÃO E A LEI DA ORGANIZAÇÃO
MUNDIAL DO COMÉRCIO // EXPORT
PROCESSING ZONES AND THE LAW OF
THE WORLD TRADE ORGANIZATION**

Maria Candida Carvalho Monteiro de Almeida

>> RESUMO // ABSTRACT

Zonas de processamento do exportação (ZPEs) estão por toda a parte, tanto em países em desenvolvimento quanto nos desenvolvidos. Entretanto, não está claro se essas zonas são compatíveis com a Lei da Organização Mundial do Comércio (OMC). Poder-se-ia presumir dita conformidade, ao argumento de que, se houvesse uma violação com relação a um tema de tal importância, a questão já teria sido submetida ao sistema de solução de controvérsias da OMC. Entretanto, justamente porque as ZPEs existem ao redor do mundo, não interessa à maioria dos países suscitar essa controvérsia. Conclui-se, em síntese, que a isenção dos tributos incidentes sobre a importação de bens, que é a característica que as ZPEs têm em comum, consiste em um subsídio à exportação proibido nos termos do Art. 3.1(a) do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (SMC). Não obstante, analisam-se hipóteses excepcionais em que um subsídio proibido à exportação seria permitido e as respectivas implicações para o comércio internacional. // Export processing zones (EPZs) are everywhere, in both developing and developed countries. Yet, it is not clear whether these zones are coherent with the Law of the World Trade Organization (WTO). One might assume such consistency, arguing that, if there were a violation regarding such an important trade issue, there would have already been a dispute brought to the WTO. However, it is argued that exactly because EPZs exist all around the world, generally, it is not in most countries' best interest to raise this case. The conclusion is, in sum, that the exemption from import duties on goods, which is the most common feature that EPZs worldwide have in common, constitutes a prohibited export subsidy within the meaning of art. 3.1(a) of the Subsidies and Countervailing Measures Agreement. Nonetheless, it is also analysed whether there are some exceptional situations in which a prohibited export subsidy would be permitted and the implications of these findings.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Zonas de processamento de exportação; Organização Mundial do Comércio; Subsídios à exportação proibidos; Tributos de importação; Isenção; Cláusula da Nação Mais Favorecida. // Export processing zones; World Trade Organization; Prohibited subsidies; Import duties; Exemption; Most Favoured Nation Clause.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Juíza Federal // LL.M. (Cantab), LL.B. (University of Brasilia), Federal Judge

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Traduzido do inglês pela própria autora. // Translated from English by the author.

INTRODUÇÃO

As zonas de processamento de exportação (EPZs) tornaram-se um dos meios mais populares para se promover o comércio e o investimento em um país. Elas estão por toda a parte, tanto em países em desenvolvimento quanto nos desenvolvidos. Entretanto, determinar as regras aplicáveis a essas zonas é um desafio, porquanto a Organização Mundial do Comércio (OMC) não as regulamenta. Na verdade, não está claro se essas zonas estão em conformidade com as regras da OMC sobre subsídios.

Neste artigo apresenta-se a seguinte tese: a isenção dos tributos incidentes sobre a importação de bens, que é a característica comum às zonas de processamento de exportação ao redor do mundo, constitui um subsídio à exportação proibido nos termos do Art. 3.1(a) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SMC) da Rodada do Uruguai¹.

Entretanto, são duas as situações. Primeira, nos países em que o benefício fiscal ora referido for restrito a essas zonas, viola-se o princípio da nação mais favorecida, estabelecido no Art. I.1 do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) 1994. Segunda, naqueles em que o esquema de drawback for adotado como uma política nacional geral, nos termos dos respectivos Anexos II e III, as ZPEs são excepcionalmente condizentes com a Lei da OMC.

A fim de se testar a aludida tese, esse artigo será dividido em quatro partes. A parte I investigará aspectos gerais das zonas de processamento de exportação. A II examinará se tais isenções constituem um subsídio à exportação proibido nos termos do Art. 3.1(a) do SMC à luz dos precedentes do comércio internacional. A parte III analisará a eventual existência de hipóteses excepcionais em que os subsídios à exportação seriam permitidos. A parte IV discutirá as respectivas implicações para o comércio internacional.

1. ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO

Uma das dificuldades de se estudar as zonas de processamento de exportação é a ausência de uma definição padrão ou de um modelo padrão. A nomenclatura também é muito variável. Há quem use os termos ZPEs ou zonas de livre comércio ou zonas especiais econômicas ou maquiladoras ou zonas livres ou zonas de exportação livre ou zonas especiais econômicas ou zonas de desenvolvimento econômico e tecnológico ou unidades orientadas à exportação ou zona de comércio internacional ou zonas de desenvolvimento do comércio ou zonas de empresas como sinônimos. Há quem os distinga². Há ainda outros que adotam a expressão zona de processamento de exportação como gênero que abrange todas as suas variações³.

Como aqui se pretende analisar a conformidade das ZPEs com o Acordo de SMC em geral, não se examinará uma determinada zona, nem características típicas de alguns países ou regiões. Focar-se-á na única característica que as zonas de processamento de exportação ao redor do mundo têm em comum: a isenção de tributos de importação. Assim

sendo, será adotada a definição adotada pela Convenção Internacional sobre a Simplificação de Harmonização dos Controles das Mercadorias nas Fronteiras, no Capítulo 2 de seu Anexo Específico D, que dispõe que uma zona livre significa a parte do território de uma Parte Contratante em que quaisquer bens introduzidos são geralmente considerados, com relação aos tributos e taxas de importação, como provenientes do exterior do território da fronteira⁴.

Zonas de processamento de exportação, em geral, visam a estimular as exportações e, por conseguinte, a promover a balança de pagamentos, motivar a produção e a competitividade, atrair o investimento direto estrangeiro, reduzir as desigualdades regionais e estimular a difusão tecnológico e o desenvolvimento econômico. Tem-se por meta também o desenvolvimento social, ao fundamento de que “[o] desenvolvimento econômico e tecnológico de uma sociedade afeta o grau em que se podem prover direitos sociais aos seus membros”⁵.

Esses objetivos parecem adequar-se apenas às necessidades dos países em desenvolvimento. De fato, no início dos anos 60, alguns desses países, emergindo do pessimismo do pós-guerra, deram uma guinada na política de industrialização baseada na substituição de importações para uma produção industrial voltada para o exterior como uma alternativa para o crescimento econômico⁶. Estima-se que, em 1975, havia 79 ZPEs espalhadas por 25 países e que, em 2006, 130 países hospedavam 3.500 ZPEs⁷. A rápida proliferação dessas zonas, contudo, não se limitou a países em desenvolvimento⁸. Alguns dos países mais ricos do mundo sediam ZPEs, como Austrália, Cingapura, Estados Unidos, Itália, Irlanda, Espanha e outros países europeus⁹.

Entre as vantagens oferecidas pelas ZPEs para atrair investimento externo, a “[m]aioria das zonas simplificam os procedimentos de importação e exportação para os seus usuários”¹⁰. Frequentemente, países também “aplicam leis trabalhistas diferentes (mais brandas) do que no resto do país”¹¹, para atender à procura de algumas empresas, em especial multinacionais de manufaturas e serviços, por “suprimentos abundantes de mão-de-obra motivada, barata e não qualificada ou semi-qualificada”¹². Outro benefício que pode ser concedido consiste na derrogação da legislação ambiental. Nessas zonas, ainda quando tais benefícios não forem concedidos, benefícios fiscais o serão.

2. SUBSÍDIOS À EXPORTAÇÃO

Subsídios à exportação sempre foram objeto de proeminentes controvérsias. Por um lado, alguns doutrinadores defendem a sua adoção, em especial, para os países em desenvolvimento¹³. Apreçoam que a “[t]eoria econômica sugere (...) que subsídios não são mais distorcivos ao comércio do que outros instrumentos comerciais (como, por exemplo, restrições quantitativas ou tarifas) que afetam duas margens (tanto a do produtor quanto a do consumidor)”, enquanto “subsídios afetam uma margem apenas (a do produtor)”¹⁴. Por outro, argui-se que subsídios à exportação

distorcem o livre comércio; “tais subsídios penetram nas exportações dos países que têm uma vantagem comparativa natural nesses produtos, e assim distorcem a alocação mundial de recursos”¹⁵.

Em que pesem tais discussões acadêmicas, não há dúvidas de que, desde as negociações que resultaram na adoção do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947¹⁶, prevalece o ponto-de-vista de que os subsídios à exportação devem ser evitados, não apenas em instrumentos internacionais, como o GATT 1994 e o Acordo SMC, como também no sistema de solução de controvérsias da OMC¹⁷. Com efeito, o Painel, em *Canada – Medidas que afetam a exportação de aeronaves civis (Canada – Aeronaves civis)*, considerou que “seria (...) adequado resumir el objeto y fin del Acuerdo SMC como el establecimiento de disciplinas multilaterales basado en la premisa de que algunos tipos de intervención del gobierno distorsionan o pueden distorsionar el comercio internacional”¹⁸.

A fim de se analisar se a isenção de tributos incidentes sobre a importação de bens nas ZPEs é compatível com o Art. 3.1(a) do Acordo SMC, basta analisar se essa medida se subsume à definição de “subsídios à exportação” contida no Acordo. Note-se que sequer se faz necessário comprovar a existência de efeitos adversos sobre outros membros, nos termos do Art. 50, uma vez que “o dano, na hipótese em que se recorre a um subsídio proibido, não reside nos efeitos comerciais causados, mas sim no próprio ato de subvenção”¹⁹. É que, no Acordo da OMC, há presunção de que os subsídios à exportação causam efeitos comerciais negativos²⁰.

Um “subsídio à exportação” é espécie do gênero “subsídio”. Assim, em primeiro lugar, examinarei se as referidas concessões fiscais são subsídios. Sob a Lei da OMC, os termos *subsídio* e *subsídios proibidos à exportação* possuem significados técnicos precisos. Um subsídio é uma medida que se enquadra na definição dos Arts. 1º e 2º do Acordo SMC. De acordo com esses dispositivos, um subsídio é uma (i) contribuição financeira ou qualquer forma de receita ou sustentação de preços (ii) por um governo ou órgão público (iii) que confira uma vantagem (iv) para um beneficiário específico. Logo, cada um desses quatro elementos caracterizadores devem ser analisados com relação às isenções dos tributos de importação nas zonas de processamento de exportação.

Não há dúvidas de que se constituem em uma *vantagem*, porque reduzem despesas; de que esse benefício é *patrocinado pelo tesouro doméstico*, haja vista que a imposição de um tributo e, claro, a sua dispensa estão intimamente vinculadas à soberania do Estado; e, considerando-se a presunção de que qualquer subsídio à exportação é *específico*, não se exige o teste de especificidade, por força do art. 2.3 do Acordo SMC²¹.

Há dúvidas, porém, quanto ao quarto elemento da definição de subsídio. A teor do art. 1.1(a)(1)(ii), verifica-se uma *contribuição financeira* “quando receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais)”.

A dificuldade se apresenta, de forma mais evidente, nas versões originais do Acordo²²: em inglês, diz-se que “[there is a *financial contribution* if] a government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits)” (grifei); em francês, “[il y a une

contribution financière si] des recettes publiques **normalement exigibles** sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt" (grifei); e em espanhol, "[hay una *contribución financiera*] cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que **en otro caso se percibirían** (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)" (grifei).

Essa dificuldade se deve ao fato de que "não existe o conceito de 'otherwise due' [en otro caso se percibirían] no Acordo de Subsídios da Rodada do Uruguai"²³. E como Skykes aponta, "[a] ausência de qualquer mercado de referência é um problema especialmente grave para casos envolvendo o segundo tipo de contribuição financeira do Art. 1 – *revenue foregone by the government* [ingresos que se condonen]"²⁴.

O sistema de solução de controvérsias da OMC enfrentou a questão em Estados Unidos – *Tratamento fiscal aplicado às empresas de vendas no exterior (US – FSC)*. De acordo com o Painel da OMC, em seu Relatório original, para se definir o termo *en otro caso se percibirían*, seria necessário estabelecer se a medida contestada era a verdadeira causa de perda de receitas. Portanto, em seu ponto-de-vista, deveria ser aplicado o que se denominou de "but for test" ("teste de si no fuera por"), um "teste amiúde utilizado para se determinar a verdadeira causação"²⁵ de um evento. O Painel entendeu que "las palabras 'que en otro caso se percibirían', en su sentido corriente, se refieren a la situación que existiría si no fuera por las medidas en cuestión. Así pues, se trata de determinar si, de no haber tales medidas, habría que pagar unos impuestos más elevados"²⁶.

Porém, o uso do teste de *si no fuera por* foi rejeitado pelo Órgão de Apelação da OMC (OA):

*Pero igual tenemos ciertas reservas para aplicar cualquier criterio jurídico, por ejemplo el criterio de "si no fuera por", en lugar de aplicar el texto concreto del tratado. Además, vacilaríamos en particular en utilizar este criterio si su aplicación estuviese limitada a situaciones en que realmente existiera una medida alternativa, en virtud de la cual los ingresos en cuestión estarían gravados de no existir la medida impugnada. Consideramos que no sería difícil eludir este criterio elaborando un régimen fiscal en el cual no hubiese una norma general que se aplicara formalmente a los ingresos en cuestión en ausencia de la medida impugnada.*²⁷

O OA esclareceu o que deveria se entender por "texto concreto do tratado" quando se refere a *ingresos públicos cuando se condonen o no se recauden* nos seguintes termos:

*...las palabras "se condonen" [foregone] sugieren que el gobierno ha renunciado a la facultad de percibir ingresos que "en otro caso" ['otherwise'] podría haber percibido. (...) debe haber algún punto de referencia normativo, definido, que permita hacer una comparación entre los ingresos realmente percibidos y los ingresos que "en otro caso" se habrían percibido.*²⁸

O Relatório do Painel da OMC em *Estados Unidos – Tratamento fiscal aplicado às empresas de vendas no exterior – Recurso ao Art. 21.5 do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias* (DSU, conforme a sigla em inglês) pelas *Comunidades Europeias (US – FSC (Article 21.5 – EC))* rejeitou duas interpretações do termo *en otro caso se percibirían*. Primeira, se essa expressão “se interpretase de una manera igualmente estrecha y formalista”, “cualquier Miembro que tuviera el cuidado suficiente de hacer desaparecer todo vínculo formal manifiesto entre una medida en litigio y su régimen infractor lograría efectivamente quedar protegido de las disciplinas efectivas del Acuerdo SMC”²⁹. Segunda, em um raciocínio especulativo, “no se puede simplemente afirmar en abstracto que los ingresos ‘en otro caso se percibirían’”, “[t]ampoco se puede presuponer”³⁰.

O Painel então aderiu ao entendimento do Órgão de Apelação no sentido de que “la comparación ha de hacerse entre los ingresos que se perciben en virtud de la medida impugnada y los que se percibirían en alguna otra situación, y que la base de la comparación deben ser las normas fiscales aplicadas por el Miembro en cuestión”³¹.

De acordo com o OA da OMC em *US – FSC (Article 21.5 – EC)*, “distinguir entre situaciones en las que los ingresos no recaudados si ‘se percibirían en otro caso’ y situaciones en las que esos ingresos no ‘se percibirían en otro caso’”³², o teste do *si no fuera por* poderia apenas ser aplicado nas “situaciones en las que la medida impugnada pueda describirse como una ‘excepción’ a una norma tributaria ‘general’”³³. Não obstante, o Órgão de Apelação concluiu que, “[d]ada la variedad y complejidad de los regímenes fiscales nacionales, normalmente será muy difícil aislar una norma tributaria ‘general’ y las ‘excepciones’ a esa norma ‘general’”. Assim, sustentou que os Painéis “deben tratar de comparar el trato fiscal otorgado a ingresos legítimamente comparables”³⁴ e de contribuintes em situações análogas³⁵ “para determinar si la medida impugnada conlleva la condonación de ingresos ‘que en otro caso se percibirían’ en relación con los ingresos de que se trate”³⁶.

Muito embora, aparentemente, a identificação da “renda legitimamente comparável” tenha sido relegada a uma determinação caso-a-caso, o critério funcionou com êxito em *US – FSC*. Em suma, o OA comparou as regras de tributação incidente sobre os rendimentos auferidos no exterior por cidadãos e residentes americanos com as regras concernentes à qualificação da propriedade de comércio exterior (“qualifying foreign trade property” - QFTP), que, presumivelmente, caracterizam-se como uma espécie da tributação de rendimentos advindos do exterior na fonte³⁷, com relação aos mesmos contribuintes³⁸.

Observe-se que há dois sistemas de tributação de renda auferida no exterior: os princípios da residência e da fonte. De acordo com este, a “[r]enda pode ser tributada conforme as leis tributárias de um país, em razão do nexa entre o país e as atividades que geraram a respectiva renda”, enquanto que, em se tratando do princípio da residência, um país “pode impor um tributo sobre a renda, em razão do nexa entre o país e a pessoa que aufere a renda”³⁹.

Os Estados Unidos adotam como regra geral o princípio da residência para tributar os seus cidadãos e residentes, inclusive alguns ex-cidadãos e residentes a longo prazo⁴⁰. Decorre da adoção do citado princípio que rendas auferidas no exterior geradas por estadunidenses devem ser tributadas. Entretanto, quando a legislação norte-americana considera que um percentual da renda não estava, de fato, conectado com uma empresa ou comércio dos Estados Unidos (EEUU), incorpora elementos do princípio da fonte. É esse o contexto em que o teste do *si no fuera por* deve ser entendido. “O Painei parece dizer, implicitamente, que os EEUU não podem adotar um sistema mundial de tributação para o imposto sobre a renda de pessoa jurídica e, de forma seletiva, aplicar o princípio da fonte para alguns tipos de renda”⁴¹.

Não concordo, porém, com as conclusões do Órgão de Apelação no sentido de que o uso do teste de *si no fuera por* requeriria a identificação de uma regra “geral” de tributação; requer, na verdade, a identificação de qualquer regra impositiva. Se uma receita governamental é “devida” (*due*), significa precisamente que existe uma obrigação a ela subjacente; e, no caso, a obrigação (fiscal) existe, porque é legalmente imposta.

Discordo ainda das conclusões do Painei de que o réu deveria comprovar que a receita *otherwise due* (i.e., que *en otro caso se percibirían*) não seria devida desde o princípio. Com base no mesmo raciocínio ora defendido, se uma receita não for devida desde o princípio, significa que não existe lei impositiva da obrigação tributária; naquele caso, então a receita não será devida em outro caso (*otherwise due*). Em contraponto, o Art. 1.1(a)(1)(ii) incide sobre a receita *otherwise due*, o que significa que, se não fosse pela medida em questão, a receita seria devida. Logo, a meu sentir, o teste do *si no fuera por* é apropriado para se interpretar o aludido dispositivo.

Impende, ademais, ressaltar que o citado artigo define textualmente uma isenção fiscal. Isso não significa, entretanto, que qualquer *isenção fiscal* seja um subsídio; afinal de contas, benefícios fiscais podem ser concedidos em geral, desde que não se enquadrem no requisito da especificidade (Art. 2). Significa tão somente que qualquer isenção fiscal é uma contribuição fiscal nos termos do Art. 1.1(a)(1)(ii).

Isso tampouco implica que qualquer receita do governo que seria devida (*en otro se percibiría*), mas é abandonada ou não arrecadada, é um benefício fiscal. Isenções fiscais estão incluídas nesse dispositivo, mas este abrange outras forams de receita governamental que não os tributos. Ora, a amplitude da fórmula adotada no Acordo SMC é bem-vinda, porquanto previne que um Membro se exima dos ditames do Art. 1.1(a)(1)(ii), mediante a simplória alegação de que certa receita que seria devida não é um tributo, na forma de sua legislação doméstica.

Pois bem. Tendo examinado os contornos do dispositivo em questão, analisar-se-á a aplicação deste às ZPEs. Não apresenta maiores desafios enquadrar o benefício decorrente de importações livres de imposição fiscal (*duty-free*) no conceito de receita governamental que de outra forma seria devida. Isso porque parece evidente que, quando uma importação ocorre, é devida arrecadação fiscal⁴².

Como se vê, a concessão de isenção fiscal, uma prática governamental comum em todo o planeta, é um subsídio. Isso não significa, entretanto, que seja *proibido*. De fato, nem todo subsídio é proibido⁴³; “apenas os subsídios que criam um certo nível de distorção do comércio necessitam de disciplina”⁴⁴. O Órgão de Apelação da OMC explicitou, em *Canada – Medidas que afetam a exportação de aeronaves civis – Recurso ao Art. 21.5 do DSU pelo Brasil (Canada – Aircraft (Article 21.5 – Brazil))*, que a concessão de um subsídio não é em si proibido pelo Acordo SMC; apenas são proibidos os identificados no art. 3 do referido Acordo⁴⁵.

Nem todo subsídio à exportação é proibido. Se assim fosse, qualquer estímulo à exportação seria proibido. O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, por exemplo, explicitamente permite alguns estímulos, a exemplo dos esquemas de drawback – um tema desenvolvido abaixo. Subsídios à exportação apenas são proibidos nos termos do Acordo SMC. O seu Art. 3.1(a) dispõe, no que interessa, que “conforme definidos no Artigo 1”, serão proibidos “subsídios vinculados de fato ou de direito ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I”. Nesse ponto, analisarei como os Paineis e o Órgão de Apelação têm interpretado esse dispositivo.

Também nesse ponto os obstáculos enfrentados pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC somente podem ser compreendidos à luz da definição constante do original do Acordo: em inglês, [shall be prohibited] “subsídios contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I”; ou em espanhol, considerar-se-ão proibidas “las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I”.

O ponto de partida reside em compreender o termo *contingent* ou *supeditadas*, cujo significado ordinário é condicional; “condicionadas” ou “dependientes para su existencia de algo”⁴⁶; logo, “el otorgamiento de la subvención debe estar condicionado a los resultados de exportación o depender de ellos”⁴⁷.

Em segundo lugar, a nota de rodapé 4 “descreve a relação de contigência indicando que”⁴⁸ a concessão de um subsídio deve estar vinculada à exportação real ou antecipada ou a receitas de exportação (*a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos*). Muito embora a referida nota de rodapé apenas se refira a subsídios de fato, também é aplicável a subsídios de direito, haja vista que “o arcabouço jurídico expresso na palavra ‘contingente’ é o mesmo tanto para a contingência de direito quanto para a de fato”⁴⁹. Confira-se o disposto na aludida nota:

Esta norma será satisfeita quando os fatos demonstrarem que a concessão de um subsídio, ainda que não esteja vinculada de direito ao desempenho exportador, está de fato vinculada a exportações ou ganhos com exportações reais ou previstos. O simples fato de que subsídios sejam concedidos a empresas exportadoras não deverá, por si só, ser considerado como subsídio a exportação, no sentido definido neste artigo.

Anote-se também a sua versão em espanhol:

Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado de jure a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición.

Terceiro, com relação ao termo “vinculada” da nota de rodapé, em seu sentido ordinária, significa “está restringida o limitada a o es consecuencia de una acción, etc.” (...) En el contexto de la ‘supeditación’ [contingency] que se menciona en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 consideramos que la conexión, entre la concesión de la subvención y las exportaciones o los ingresos de exportación previstos, que exige la expresión ‘vinculada a’ es la condicionalidad⁵⁰.

É até esse ponto que a solução de controvérsias da OMC se deteve na interpretação do Art. 3.1(a). Ainda não se determinou a que tipo de condicionalidade esse dispositivo se refere, apenas que deve ser mais forte do que uma mera expectativa⁵¹. A propósito, cumpre salientar que existem dois tipos de condições. “[S]e a exportação for um *condição suficiente*, recebe-se o subsídio a cada exportação, mas não se é obrigado a exportar para receber o subsídio, enquanto que “se a exportação for uma *condição necessária*, recebe-se o subsídio apenas quando se exporta, muito embora a exportação não garanta o recebimento do subsídio”⁵².

Esclarecimentos adicionais ainda se fazem necessários. Entretanto, a meu sentir, ainda que a questão não tenha sido explicitamente tratada, a jurisprudência tem adotado a *condicionalidade necessária*. Em *Australia – Subvenciones concedidas aos produtores e exportadores de couros para automóveis (Australia – Leather II)*, o Painel entendeu que “los resultados previstos en la esfera de la exportación de Howe [o beneficiario] eran una de las condiciones para que se otorgasen las subvenciones”⁵³. O OA, em *US – FSC (Article 21.5)*, considerou que o requerimento de que os produtos para exportação deveriam ser produzidos dentro dos EEUU “torna a concessão do benefício fiscal contingente aos resultados das exportações”⁵⁴. Em *Canada – Determinadas medidas que afetam à indústria dos automóveis (Canada – Automóveis)*, o Órgão de Apelação, de forma clara, adotou a mesma interpretação:

*A nuestro juicio, dado que es sencillamente imponible a un fabricante beneficiarse de la exención de derechos de importación a no ser que exporte vehículos de motor, es evidente que la exención de derechos de importación está supeditada [conditional] a las exportaciones, o depende de ellas y, por tanto, es contraria a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SCM.*⁵⁵

Nesses casos, o sistema de solução de controvérsias considerou que subsídios que são contingentes ao resultado das exportações (*contingent upon*

export performance) são dependentes da existência de exportação. Em outras palavras, beneficiários não podem receber o benefício prometido a não ser que exportem⁵⁶, de modo que exportar é dito como uma *condição necessária*.

Voltando-se às zonas de processamento de exportação, considerando que a importação livre de tributos apenas é disponível se (i) os beneficiários estiverem na ZPE e se (ii) exportarem, após o processamento ou montagem final, esse benefício fiscal é “contingente aos resultados da exportação” nos termos do Art. 3.1(a) do Acordo SMC. Por conseguinte, a renúncia aos tributos incidentes sobre a importação entre a ZPE e países estrangeiros constitui um subsídio à exportação proibido.

Não existe exceção a esta prescrição, nem a de que subsídios proveiriam *assistência a uma região economicamente desfavorecida*. Primeiro, essa hipótese não foi incluída às exceções gerais do Art. XX do GATT 1994; ainda que houvesse sido, seria duvidoso se esta previsão se aplicaria ao caso. Segundo, não obstante o Art. 8.2(b) do Acordo SMC prescrever que subsídios para o desenvolvimento das regiões desfavorecidas são irrecorríveis, esse dispositivo apenas era aplicável até 10 de janeiro de 2000. “A implicação é que, enquanto certos objetivos de política doméstica poderiam explicitamente ser usados como justificativa e proteção para o uso de certos subsídios específicos antes de janeiro de 2000, após esta data os objetivos políticos já não dão origem a um tratamento especial para qualquer tipo de subsídio específico”⁵⁷.

3. SUBSÍDIOS À EXPORTAÇÃO PERMITIDOS?

A fim de se investigar se existem hipóteses em que *subsídios proibidos* são permitidos, examinarei a nota de rodapé 1 e os Anexos II e III do Acordo SMC.

3.1 NÃO EXPORTARÁS TRIBUTOS

A nota de rodapé 1 estabelece, no que interessa, que “não serão consideradas como subsídios as isenções em favor de produtos destinados a exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados sobre o produto similar quando destinado ao consumo interno, nem a remissão de tais impostos ou taxas em valor que não exceda os totais devidos ou abonados”.

Esse dispositivo consolida uma política fiscal internacionalmente aplicada⁵⁸, objetivando o fortalecimento da indústria de exportação. Essa política consiste essencialmente na “não exportação” de tributos indiretos; decorre do princípio de que os ônus tributários devem recair apenas sobre o consumo interno⁵⁹. Desse modo, bens de exportação serão isentos de tributos incidentes sobre a produção, de modo que não sejam incluídos em seu preço final.

Nota-se que “as medidas tributárias identificadas na nota de rodapé 1 como não caracterizadoras de um ‘subsídio’ envolvem a isenção de produção de exportação com relação aos tributos de consumo”, de acordo

com o Relatório do OA da OMC, em *US – FSC*⁶⁰. Assim sendo, referida nota apenas incide sobre tributos indiretos ou sobre o consumo (internos), não sobre os de importação⁶¹. São esses conceitos excludentes no contexto do Acordo SMC. Com efeito, a nota de rodapé 58 define “tributos indiretos” como “tributos sobre vendas, consumo, volume de negócio, valor acrescido, franquias, selo, transmissões, estoques e equipamentos, ajustes fiscais na fronteira e todos os impostos além dos que se denominam impostos diretos e direitos de importação”; por outro lado, estabelece que “direitos de importação’ significa tarifas aduaneiras, direitos aduaneiros e outros tributos que não tenham sido enumerados nesta nota e que sejam aplicados à importação”. Em conclusão, a nota de rodapé 1 não se aplica à isenção de tributos incidentes sobre a importação de bens nas zonas de processamento de exportação.

3.2 NÃO CONVERTERÁ TRIBUTOS DE IMPORTAÇÃO EM TRIBUTOS DE EXPORTAÇÃO

O Acordo SMC permite a remissão ou drawback de tributos de importação nos insumos que são consumidos na produção de produtos para exportação, por força dos Anexos II e III. A nota de rodapé 61 estipula que “[i]nsumos consumidos no processo produtivo são insumos incorporados fisicamente, energia, combustíveis e óleos, utilizados no processo produtivo, e catalisadores, que são consumidos ao longo do processo de obtenção do produto exportado”⁶². Logo, de acordo com essa norma, “com vistas a implementar um esquema ideal de drawback, as autoridades fiscais necessitam obter informações de cada firma exportadora sobre a quantidade exportada, a quantidade dos intermediários importados usados na produção dos bens exportados, e a tarifa imposta sobre a importação dos bens intermediários”⁶³.

Tal desoneração, portanto, está restrita a insumos intermediários importados que, efetivamente, tenham sido usados no processo produtivo. Não se estende a bens de capital, nem a bens que não tenham sido consumidos. Essa conclusão vai ao encontro do sugerido por Keck e Low no sentido de que, para transformar ZPEs em esquemas de incentivo compatíveis com a OMC, “isenções de tributos diretos e dos incidentes sobre a importação de bens que não são consumidos no processo produtivo deveriam ser eliminadas”⁶⁴.

De acordo com a alínea (i) da Lista Ilustrativa dos Subsídios à Exportação contida no Anexo I do Acordo SMC, subsídios à exportação consistem em “remissão ou devolução de direitos de importação além daquelas praticadas sobre insumos importados que sejam consumidos no fabrico do produto exportado”. *A contrario sensu*, tem-se que uma certa margem de remissão dos tributos de importação é compatível com o Acordo.

Essa autorização decorre da política adotada pelos governos de que se deve evitar que os tributos de importação convertam-se, na prática, em tributos à exportação. De fato, tributar insumos importados não apenas reduz a competitividade dos exportadores, como também aumenta o custo dos bens a ser exportados.⁶⁵ Diz-se, portanto, que tais tributos

“levam a, de fato, são uma ‘taxa’ sobre exportação”⁶⁶. Logo, o esquema de drawback é o outro lado da moeda da política permitida pelo rodapé 1.

A provisão contida nos Anexos II e III de que esquemas de drawback são permitidos não constitui uma exceção à regulação de subsídios; ao contrário, é coerente com o Acordo SMC. Esses Anexos apenas explicitam o que decorreria da interpretação do Art. 1. Com efeito, o sistema de drawback não consiste em um subsídio, porque, nesse caso, não há uma receita governamental que “de outra forma seria devida” (*otherwise due*) nos termos do Art. 1.1(a)(1)(ii). A adoção de um esquema de drawback significa que não existia, num primeiro momento, a obrigação de pagar tributos à importação.

Não obstante, o Acordo SMC não levou em conta a existência de zonas de processamento de exportação. Esse Acordo não considerou a possibilidade de que, em certas regiões de um país, regras diferentes fossem aplicadas. O problema é que, quando a isenção sobre tributos à importação apenas incidir nas ZPEs, então, haverá uma receita governamental que de outra forma seria devida, de modo que aí haverá, sem dúvida, um subsídio.

As normas do Acordo SMC relativas a esquemas de drawback, de fato, adotam por premissa que tal esquema consiste em uma política aplicável em todo o território nacional. Essa constatação pode ser ilustrada com a provisão que dispõe que os procedimentos de verificação para um esquema de drawback do tipo substituição têm de ser “baseados em práticas comerciais geralmente aceitas no país exportador”⁶⁷.

Essa é a única interpretação compatível com os objetivos do Acordo SMC, para o qual a *não especificidade* é um conceito chave. Esta “requer que critérios de alocação sejam neutros, não discriminatórios e horizontais (ou seja, não atinja ou beneficie alguns setores mais do que outros)”⁶⁸. De fato, o aludido Acordo não proíbe subsídios não específicos, já que não se tem a intenção de impedir a adoção de políticas públicas pelo Estado; o que se pretende com a proibição é tão somente obstruir medidas que distorçam o livre comércio. A importância da regulação da OMC limitadora da concessão de subsídios específicos no âmbito do direito interno é que as normas internacionais “são menos suscetíveis de serem influenciadas por grupos de interesse (...). Ao se adotar uma regulação supranacional, intervenções domésticas em benefício de grupos, frequentemente pequenos, porém de influência política, são restringidas”⁶⁹. Afirmar, portanto, que o mencionado Acordo acolheria o drawback como uma política limitada a uma região específica de um país não seria compatível com os objetivos da regulamentação da OMC sobre subsídios.

Essa é, ademais, a única interpretação que compatibiliza os Anexos II e III do Acordo SMC com o princípio da nação mais favorecida (NMF) nos termos do Art. I:1 of the GATT 1994. É o que será discutido na seção seguinte.

3.3 ESQUEMAS DE DRAWBACK E O PRINCÍPIO DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

O princípio da nação mais favorecida é aplicável ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Trebilcock e Howse identificaram nove

exceções a esse princípio, e nenhuma delas abrange o Acordo supracitado⁷⁰. No entanto, os sistemas de drawback e o princípio da NMF serão compatíveis entre si apenas quando o regime de drawback for adotado como uma política nacional geral. Se, ao contrário, os direitos de importação não são cobradas apenas em regiões específicas do país, essa política tende a discriminar outros membros da OMC, dependendo da região com as quais se realizam negócio.

Essa interpretação tem respaldo na jurisprudência da OMC. Estabelecer a violação do princípio da NMF, de acordo com o Relatório do Painel em *Indonésia – Determinadas medidas que afetam à indústria de automóvel (Indonésia – Automóveis)*⁷¹, reafirmando-se as conclusões do Órgão de Apelação, “em *Bananas III*, es necesario que haya una ventaja del tipo de las abarcadas por el artículo I y que esa ventaja no se conceda incondicionalmente a todos los ‘productos similares’ de todos los Miembros de la OMC”⁷².

Analisarei cada um desses três elementos.

Primeiro, a presença de uma vantagem. O Painel da OMC, em *Indonésia – Automóveis*, no que interessa, examinou se o Programa Nacional de Carros de fevereiro e junho de 1996, que isentou dos tributos de importação sobre os componentes dos veículos automotores indonésios companhias indonésias que cumpriam certos critérios. Concluiu-se que tributos alfandegários são o tipo de vantagem abrangida pelo princípio da nação mais favorecida – uma conclusão que pode ser estendida à hipótese sob exame.

Segundo, o requisito da similaridade. O Painel considerou, naquele caso, que esse requerimento também havia sido cumprido, porquanto os produtos importados isentos não possuíam nenhuma característica peculiar que os diferenciaria dos demais componentes de motores de veículos automotores de outro membro da OMC. “[B]eneficiarse de una reducción de los derechos de aduana e impuestos no se basan en ningún factor que pueda afectar *per se* a las características físicas de esos automóviles y de esas piezas y componentes, ni a su uso final”⁷³.

Voltando-se às zonas de processamento de exportação, não há obstáculo em se presumir que mercadorias introduzidas em uma ZPE possam ser contempladas com um benefício mais vantajoso do que o concedido a mercadorias similares importadas para outra região do país anfitrião.

Terceiro, o elemento da condicionalidade. O Painel, em *Indonésia – Automóveis*, considerou que “[l]a jurisprudencia del GATT establece claramente que esas ventajas (en este caso los beneficios fiscales y arancelarios) no pueden supeditarse [*be made conditional*] al cumplimiento de cualquier condición que no guarde relación con el propio producto importado”⁷⁴.

Por outro lado, em *Canadá – Automóveis*, o Painel da OMC adotou uma visão diferente e expressamente rechaçou que a condicionalidade deveria ser relacionada ao produto importado *per se*:

... el hecho de que las condiciones de las que depende esa ventaja no estén relacionadas con el producto importado en sí mismo no implica necesariamente que esas condiciones sean discriminatorias por lo que respecta al origen de los productos importados.⁷⁵

Adotou também uma visão *mais ampla*, ao asseverar que “[l]a palabra ‘incondicionalmente’ en el párrafo 1 del artículo I no se refiere al otorgamiento de una ventaja *per se*, sino a la obligación de otorgar a los productos similares de todos los Miembros una ventaja que haya sido otorgada a cualquier producto originario de cualquier país”⁷⁶. Esse julgado, no que interessa, cuidou da concessão de tratamento isentivo pelo Canadá para a importação de ônibus e veículos automotores a produtores que se enquadravam em determinadas condições.

Apesar dessa contradição, ambos os julgamentos se basearam no precedente *Belgian Family Allowances*, um Relatório de Painel do GATT adotado em 7 de novembro de 1952, que analisou a legislação belga que “introduziu uma discriminação entre países que adotavam determinado sistema de pensões de família e outros que possuíam um sistema diferente ou nenhum sistema, e fez que a concessão de uma isenção dependesse de certas condições”⁷⁷.

S. Charnovitz sugeriu, examinando o Relatório supramencionado, que entender o significado do termo “condição” em 1947 seria um guia melhor do que o dicionário mais recente: adotando-se uma perspectiva histórica, ele concluiu que a incondicionalidade no princípio da NMF “foi entendida ou para impedir todas condições baseadas na origem ou para manifestar uma forte presunção contra elas”⁷⁸. A fim de se conciliar as conclusões em *Indonésia – Automóveis* e em *Canadá – Automóveis*, essa é de fato uma recomendação útil.

A partir dessa interpretação, conclui-se que, nas ZPEs, existe uma vantagem concedida pelo país anfitrião para produtos provenientes de outro país concedida “incondicionalmente” para o produto similar originário dos territórios das demais partes contratantes. Então, há uma violação ao princípio NMF.

Veja que tal violação ocorre, ainda que as regras que imponham as referidas condições sejam neutras com relação à origem. Em *Canadá – Automóveis*, a isenção de tributos se aplicava às importações advindas de qualquer país a que fosse facultado se beneficiar das condições da NMF oferecidas pelo Canadá⁷⁹, todavia, o Painel considerou que a isenção deu ensejo à discriminação *de facto*. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do GATT/WTO, o Art. I:1 do GATT 1994 abrange discriminação de fato e de direito⁸⁰. Assim como em *Canadá – Automóveis*, a discriminação referente a ZPEs pode se originar mais das condições relativas à escolha dos importadores beneficiários do que das condições pertinentes aos produtos importados⁸¹. Essa violação é passível de ocorrência, mesmo se o país anfitrião não teve tal intenção. Para o Art. I:1, “o foco tem sido sobre o efeito da medida, muito embora haja diferentes visões em relação a como o efeito deva ser medido”⁸², mais do que sobre a intenção.

Em geral, há, nas zonas de processamento de exportação, empresas multinacionais (EMNs); EMNs tipicamente vendem, compram e dividem recursos com pessoas que lhe são relacionadas⁸³. Essa é a evidência que aponta para a existência de discriminação *de facto* nas ZPEs. O Relatório do Painel, em *Canadá – Automóveis*, chegou também à conclusão de que, muito embora não houvesse a proibição de se escolher os importadores,

dado o vínculo com um país estrangeiro e a predominância de comércio intra-firma, havia a tendência de que as importâncias adviessem dos países em que situadas as empresas-mãe ou empresas relacionadas a estas⁸⁴.

Poder-se-ia argumentar, ademais, que o sistema da OMC tão somente se aplica para governos e, com relação a ZPEs, na prática, os países beneficiários seriam determinados não pelo governo anfitrião, mas pelas empresas instaladas na ZPE. Não obstante, o Painel da OMC em *Indonésia – Automóveis* ressaltou que “[e]n el GATT/OMC, los derechos de los Miembros no pueden estar supeditados a obligaciones contractuales privadas en vigor, ni esas obligaciones pueden condicionar o afectar en forma alguna a esos derechos”⁸⁵. Por consequência, em *Canadá – Automóveis*, o Painel decidiu que, muito embora o governo canadense não fosse responsável pelas decisões pelos importadores, poderia ser responsabilizado por limitar o número de produtos importáveis escolhidos e, como resultado, “la distribución geográfica de las importaciones que se benefician de la exención está determinada por las decisiones comerciales de una categoría cerrada de importadores, compuesta principalmente por filiales de empresas con sede central en determinados países, antes que por decisiones comerciales de un grupo de importadores más amplio y abierto”⁸⁶.

Poder-se-ia dizer, outrossim, que o mesmo país que sofre desvantagem com relação a um insumo poderia ser beneficiado no que tange a outro ou que uma violação ao princípio MFN apenas ocorreria se houvesse evidências concretas de que as empresas instaladas nas ZPEs estavam dando preferência a insumos provenientes de certos membros da OMC.

Todos esses questionamentos e considerações põem em evidência que a aplicação do princípio da NMF, nesse contexto, gera complexidades e evidenciam, sobretudo, a inadequação do Acordo SMC para regulamentar as zonas de processamento de exportação.

4. PROIBIÇÃO DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE A IMPORTAÇÃO DE BENS NAS ZPEs: IMPLICAÇÕES PARA O COMÉRCIO MULTILATERAL

Dir-se-ia que concluir que há violação ao Acordo SMC seria incoerente com o fato de que ZPEs existem ao redor do mundo. A meu ver, porém, justamente porque elas estão em um número elevado de países, em desenvolvimento ou desenvolvidos, ainda não se apresentou essa demanda perante a OMC. É possível que o sistema de resolução de controvérsias ainda não tenha sido provocado, porque exista um “acordo de cavalheiros”, que objetiva a manutenção de uma política industrial vantajosa para todos os países.

Ademais, em um mundo globalizado com empresas globalizadas, é improvável que uma destas suscite a questão perante os seus governos, dado que as zonas de processamento de exportação vão ao encontro dos interesses das multinacionais⁸⁷. O lobby dos exportadores aponta, na verdade, para a expansão das ZPEs, o que pode compensar, sob a perspectiva governamental, as perdas de receitas. “Se os ganhos se reverterem

para poderosos grupos de pressão, por exemplo, uma restrição do comércio pode muito bem redundar em um ganho para o réu [país] em apoio político que ultrapassa a perda do requerente⁸⁸. Também é duvidoso que a questão seja levantada por qualquer outro fórum internacional. De fato, “[a] invasão do sistema ONU por atores de corporações privadas vem acontecendo há algum tempo. Nos anos 70 e 80 organizações internacionais, como UNIDO, UNCTAD e PNUD, estavam ‘facilitando uma maior liberalização dos mercados internacionais e nacionais’ ao promover fortemente o livre comércio e as zonas de processamento de exportação de interesse das empresas transnacionais⁸⁹.

A proliferação das ZPEs, entretanto, pode ter algumas implicações negativas. Primeira, como visto, pode distorcer o livre comércio. Segunda, pode dar início a uma competição internacional para atrair investimento estrangeiro direto que pode levar à diminuição dos tributos no mundo inteiro, o que foi denominado de “concorrência fiscal prejudicial” pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). “[T]ais esquemas podem corroer as bases fiscais nacionais de outros países, podem alterar a estrutura tributária (deslocando parte da carga fiscal de fatores móveis para relativamente imóveis e da renda para o consumo) e podem impedir a aplicação de alíquotas progressivas e o alcance de metas redistributivas⁹⁰. Observe que a prática de concorrência fiscal prejudicial não é um privilégio de países em desenvolvimento. Alguns Estados ricos, por exemplo, disponibilizam benefícios fiscais a depender do caso; “[e]sses arranjos frequentemente não são publicizados, mas a prática aparenta ser relativamente comum⁹¹. Terceira, essa competição internacional tende a depauperar os países mais pobres e a enriquecer as empresas mais fortes. Por um lado, países pobres não possuem os meios para financiar a concessão de subsídios⁹²; ainda que fizessem um esforço, não valeria a pena, desde que “[o] grande número de concessões fiscais são facilmente alcançadas e superadas por outras zonas ao redor do mundo⁹³. Por outro, como resultado dessa competição por investimento, receita governamental é transferida para empresas poderosas⁹⁴.

Em conclusão, a fim de adequar as zonas livres com o Acordo SMC, os formuladores de políticas nacionais devem eliminar progressivamente a referida isenção. Mesmo nesse caso, alguns dos objetivos visados pelas ZPEs ainda serão alcançados, uma vez que a importância das zonas livres não está limitada aos benefícios fiscais. Sua atratividade “também está nas sinergias que podem ser criadas por se ter um grupo de empresas, incluindo as PME [pequenas e médias empresas], em estreita proximidade e com acesso a uma melhor infraestrutura, instituições de pesquisa e desenvolvimento, uma força de trabalho educada e programas de facilitação do comércio⁹⁵.

5. CONCLUSÃO

A isenção de tributos incidentes sobre a importação de bens, que é a característica comum à grande maioria das ZPEs ao redor do mundo, constitui

um subsídio à exportação proibido, nos termos do Art. 3.1(a) do Acordo SMC. Não obstante, essa proibição não se aplica quando essa isenção fizer parte de um esquema de drawback adotado como uma *política nacional geral*, nos moldes dos Anexos II e III. Por outro lado, quando tal benefício fiscal for restrito às ZPEs, tende a violar o princípio da nação mais favorecida estabelecido no Art. I:1 do GATT 1994 e não é coerente com os propósitos das regras da OMC sobre subsídios.

Apesar dessa incoerência, ainda não se apresentou uma demanda perante a OMC com relação a esse tema comercial. Isso porque, como as ZPEs existem ao redor do mundo, não atende aos interesses da maioria dos países suscitar tal litígio. Entretanto, nenhum país pode argumentar que a isenção de tributos de importação estritamente sobre bens na entrada dessas zonas deveria ser permitida ao fundamento de que constitui uma prática comum ao redor do mundo. Como concluiu o Painel da OMC, em *Brasil – Programa de financiamento das exportações para aeronaves*, “[e]sto engendraria un círculo vicioso, pues cada Miembro de la OMC intentaría justificar el otorgamiento de subvenciones a la exportación alegando que otros Miembros están haciendo lo mismo”⁹⁶ – um círculo que já está em funcionamento e a que se denominou de concorrência fiscal prejudicial.

Concorrência fiscal prejudicial vai além da mera redução de alíquotas ou bases de cálculo. A sua prejudicialidade afeta o livre comércio e a justiça dos sistemas tributários. Conduz à transferência de receitas de governos para empresas multinacionais. Não obstante vise a promover o desenvolvimento econômico e social, em última instância, esses objetivos podem ser postos em risco.

O descumprimento do Art. 3.1(a) do Acordo SMC, de fato, não o invalida.

Ressalta-se, ao final, que, se o incentivo fiscal em comento não mais existisse, o gasto público para implantar as ZPEs não terão sido em vão. Países, produtores e consumidores ainda se beneficiariam de outras medidas que usualmente são adotadas para fundar uma zona de livre comércio, como a proximidade com instituições de pesquisas e, por conseguinte, com uma força de trabalho bem educada e a redução dos custos de transporte, infraestrutura e logística.

>> NOTAS

- ¹ Esse estudo não será relevante para países em desenvolvimento referidos no Anexo VII do Acordo SMC, para os quais a proibição do Art. 3.1(a) não se aplica, por força do Art. 27.2(a). Cf. World Bank Group 2008, 9.
- ² Cf. ILO 2007.
- ³ Tradução livre: “‘free zone’ means a part of the territory of a Contracting Party where any
- ⁴ goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the Customs territory”.
- ⁵ Kelley 1998. Tradução livre: “[t]he economic and technological development of a society affects the degree to which it can provide welfare rights to its members”.
- ⁶ Cf. Kundra 2000, 24.
- ⁷ Cf. Boyenge 2007.
- ⁸ Cf. Hanson 2001, 9.
- ⁹ Cf. Boyenge 2007.
- ¹⁰ WTO 2006, 79. Tradução livre: “[m]ost zones offer simplified import and export procedures to their users”.
- ¹¹ Hoekman and Kostecki 2009, 629. Tradução livre: “apply different (‘more lenient’) labour laws there than in the rest of the country”.
- ¹² Dunning and Lundan 2008, 68-69. Tradução livre: “plentiful supplies of cheap and well-motivated unskilled or semi-skilled labour”.
- ¹³ Chang 2005, 14-16.
- ¹⁴ Matsushita, Schoenbaum and Mavroidis 2006, 332. Tradução livre: “[e]conomic theory suggests (...) that subsidies are not as trade distorting as other trade instruments (like, for example, quantitative restrictions or tariffs) which affect two margins (both the producer’s and the consumer’s)”, whereas “subsidies affect one margin only (the producer’s)”
- ¹⁵ Irwin 2009, 147. Tradução livre: “such subsidies cut into the exports of the countries that have a natural comparative advantage in those products, and so distort the world’s allocation of resources”.
- ¹⁶ Cf. Art. XVI of the GATT 1947.
- ¹⁷ Cf., por exemplo, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Canada – Aircraft)*, WT/DS/70/R 14 April 1999, para. 9.119.
- ¹⁸ WT/DS/70/R 14 April 1999, para. 9.119.
- ¹⁹ Matsushita, Schoenbaum and Mavroidis 2006, 369. Tradução livre: “the damage, in a case where recourse to a prohibited subsidy is being made, is not the trade effects caused, but rather the act of subsidization itself”.
- ²⁰ Cf. Baccheta and Jansen 2003, 60.
- ²¹ Esse artigo dispõe que: “Quaisquer subsídios compreendidos nas disposições do Artigo 3 serão considerados específicos.” Cf. *United States – Subsidies on Upland Cotton (US – Cotton)*, WT/DS267/R, WTO Panel Report, 8 September 2004, para. 7.1153.
- ²² Cf. Art. XVI, parte final, do Acordo de Marrakesh.
- ²³ Benitah 2001, 187. Tradução livre: “because there is no definition of ‘otherwise due’ concept in the Uruguay Round Subsidies Agreement”. Como a dificuldade na interpretação é mais evidente nas versões originais do Acordo de SCM, que são justamente os idiomas utilizados pela OMC oficialmente, optou-se por se manter o termo em discussão no original nesta tradução, bem como nas subsequentes, no que se refere a termos do dispositivo em questão.

- ²⁴ 2009, 27. Tradução livre: “[t]he absence of any market benchmark is an especially acute problem for cases involving the second type of financial contribution under SCMs Article 1 – revenue foregone by the government”.
- ²⁵ “But-for test”. *Wex Dictionary (Cornell Law School)* 2013. Tradução livre: “test commonly used to determine actual causation”
- ²⁶ WT/DS108/R, 8 October 1999, para. 745 (emphasis added).
- ²⁷ WT/DS108/AB/R, 24 February 2000, para. 91. Note que, em que pese a minha opinião, o Relatório do Painel da OMC no caso *US – FSC – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities (US – FSC (Article 21.5 – EC))* (WT/DS108/RW, 20 August 2001, para. 8.11) considerou que “o Órgão de Apelação confirmou o uso da análise ‘but for’” (Tradução livre: “the Appellate Body upheld our use of a ‘but for’ analysis”)
- ²⁸ *Ibid*, para. 90.
- ²⁹ WT/DS108/RW, 20 August 2001, para. 8.15.
- ³⁰ *Ibid*, para. 8.17.
- ³¹ *Id*.
- ³² WT/DS108/AB/RW, 14 January 2002, para. 89.
- ³³ *Ibid*, para. 91.
- ³⁴ *Id*.
- ³⁵ Cf. *ibid*, para. 92.
- ³⁶ *Ibid*, para. 91.
- ³⁷ Cf. *ibid*, para. 97.
- ³⁸ Cf. *ibid*, para. 101.
- ³⁹ Arnold and McIntyre 2002, 15. Tradução livre: “[i]ncome may be taxable under the tax laws of a country because of a nexus between that country and the activities that generated the income”, [whereas under the residence jurisdiction, a country] “may impose a tax on income because of a nexus between the country and the person earning the income”.
- ⁴⁰ *Id*.
- ⁴¹ O’Leary 2001. Tradução livre: “The Panel seems to be implying that the U.S. cannot adopt a worldwide system of taxation for incorporate income, and then selectively apply source principles for certain types of that income”.
- ⁴² O sistema de solução de controvérsias da OMC também entendeu que benefícios fiscais são contribuições financeiras, como discutirei na Parte 2.3.
- ⁴³ Cf. *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft – Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU (Canada – Aircraft (Article 21.5 – Brazil))*, WT/DS70/AB/RW, 4 August 2000, para. 47.
- ⁴⁴ WTO Report 2006, p. 196. Tradução livre: “only subsidies that create a certain level of trade distortion need disciplining”.
- ⁴⁵ Cf. WT/DS70/AB/RW, 4 August 2000, para. 47.
- ⁴⁶ Cf. AB Report, *Canada – Aircraft*, para. 166.
- ⁴⁷ AB Report, *US – FSC (Article 21.5)*, para. 111.
- ⁴⁸ *Id*. Tradução livre: “describes the relationship of contingency by stating that”.
- ⁴⁹ AB Report, *Canada – Aircraft*, para. 167. Tradução livre: “the legal standard expressed by the word ‘contingent’ is the same for both de jure or de facto contingency”.
- ⁵⁰ Panel Report, *Canada – Aircraft*, para. 9331. Cf. also AB Report, *Canada – Aircraft*, para. 171.
- ⁵¹ Cf. AB Report, *Canada – Aircraft*, para. 172.
- ⁵² WorldTradeLaw.net 2010, 11. Tradução livre: “[I]f export is only a sufficient condition, you receive the subsidy every time you export, but you are not required to export in order to receive the subsidy”, whereas, “if export is only a necessary condition, you receive the subsidy only if you export, although export does not guarantee receipt of the subsidy”

- ⁵³ WT/DS126/R, 25 May 1999, para. 9.67.
- ⁵⁴ Above footnote 11, para. 118. Tradução livre: “makes the grant of the tax benefit contingent upon export performance”.
- ⁵⁵ WT/DS139/AB/R and WT/DF142/AB/R, 31 May 2000, para. 104.
- ⁵⁶ Magnus 2006.
- ⁵⁷ WTO 2006, 201. Tradução livre: “The implication is that while certain domestic policy objectives could explicitly be used as a justification for, and protection of, the use of certain specific subsidies before January 2000, after this date policy objectives no longer give rise to special treatment for any type of specific subsidy”.
- ⁵⁸ Essa política, por exemplo, é adotada pelo Reino Unido: “In general, the export of goods from the UK is zero rated”, D. Bertram and R. Lawson, *Business Tax and Law Handbook* (Harlow 2003, 322).
- ⁵⁹ Cf. Tokarick and Subramanian 2003, 25.
- ⁶⁰ WT/DS108/AB/R, 24 February 2000, para. 93. Tradução livre: “[t]he tax measures identified in footnote 1 as not constituting a ‘subsidy’ involve the exemption of exported products from product-based consumption taxes”.
- ⁶¹ Em sentido diverso, cf. Creskoff and Walkenhorst 2009, 30.
- ⁶² Essa definição é complementada pelo Anexo II.II.3.
- ⁶³ Tokarick and Subramanian 2003, 8. Tradução livre: “[i]n order to implement an ideal duty drawback scheme, the tax authorities need to have information from every exporting firm on the quantity exported, the quantity of imported intermediates used in export production, and the tariff on the imported intermediates”.
- ⁶⁴ Keck and Low 2004, 20. Tradução livre: “exemptions from direct taxes and from import duties on goods that are not consumed in the production process would need to be eliminated”.
- ⁶⁵ Cf. Tokarick and Subramanian 2003, 7.
- ⁶⁶ *Id.*
- ⁶⁷ Annex III.II.2.
- ⁶⁸ Hoekman and Kostecki 2009, 219. Tradução livre: “requires that allocation criteria are neutral, non-discriminatory and horizontal (that is do not target or benefit some sectors more than others)”.
- ⁶⁹ Luja 2003, 21. Tradução livre: “are less likely to be influenced by interest groups (...). By adopting supranational regulation, national interventions in the benefit for the often small but political influential groups are restrained”.
- ⁷⁰ 2005, 54-55.
- ⁷¹ WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R and WT/DS64/R, 2 July 1998.
- ⁷² *Ibid*, para. 14.138.
- ⁷³ *Ibid*, para. 14.141.
- ⁷⁴ *Ibid*, para. 14.143.
- ⁷⁵ Panel Report, *Canada – Autos*, para. 10.24.
- ⁷⁶ *Ibid*, para. 10.23.
- ⁷⁷ Report Panel, *Belgian Family Allowances*, BISD 1S/59, 7 November 1952, para. 2. Tradução livre: “introduced a discrimination between countries having a given system of family allowances and those which had a different system or no system at all, and made the granting of the exemption dependent on certain conditions”.
- ⁷⁸ 2005. Tradução livre: “‘unconditional MFN was understood either to preclude all origin-based conditions or to manifest a strong presumption against them”.
- ⁷⁹ Cf. *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.37.
- ⁸⁰ Cf. *ibid*, para. 10.38.

- ⁸¹ Cf. *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.38. To support this argument, the Panel referred to: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, AB Report, WT/DS27/AB/R, 25 September 1997, para. 232; *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, Panel Reports, 11 June 1981, BISD 28S/102; *European Economic Communities – Imports of Beef from Canada*, Panel Report, 10 March 1981, BISD 28S/92; *Japan – Tariff on Imports of Spruce-Pine-Fir (SPF) Dimension Lumber*, Panel Report, 19 July 1989, BISD 36S/167.
- ⁸² Lester et. al. 2008, 338. Tradução livre: “the focus has been on the effect of the measure, although there are different views as to how the effect should be measured”.
- ⁸³ Cf. Dunning and Lundan 2008, 238.
- ⁸⁴ Cf. *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.25.
- ⁸⁵ *Ibid*, para. 14.145.
- ⁸⁶ *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.46.
- ⁸⁷ Esse ponto é muito bem ilustrado pela análise de Irwin sobre casos de dumping suscitado perante o US Department of Commerce e US International Trade Commission: “[s]ome petitioners exclude[d] certain countries from petitions as a matter of corporate strategy” cf. nota 14, p. 156. Cf. também International Centre for Trade and Sustainable Development, *Bridges: Weekly Trade News Digest*, vol. 6, 22 January 2002, pp. 3-4.
- ⁸⁸ Bütler 2000. Tradução livre: “If the gains accrue to powerful lobby groups, for example, a trade restriction might well lead to a gain for the defendant [country] in political support which exceeds the complainant’s loss”.
- ⁸⁹ Emadi-Coffin 2002. Tradução livre: “[t]he invasion of the UN system by the private corporate actor has been underway for some time. In the 1970s and 1980s international organisations such as UNIDO, UNCTAD and UNDP were ‘facilitating the further liberalisation of international and national markets’ by heavily promoting free trade and export-processing zones of interest to transnational corporations”.
- ⁹⁰ OECD 1998, para. 23. Tradução livre: “[T]hese schemes can erode national tax bases of other countries, may alter the structure of taxation (by shifting part of the tax burden from mobile to relatively immobile factors and from income to consumption) and may hamper the application of progressive tax rates and the achievement of redistributive goals”.
- ⁹¹ Hanson 2001, 3. Tradução livre: “[t]hese arrangements are frequently unpublicized, but the practice appears to be relatively common”.
- ⁹² Cf. WTO 2006, 205.
- ⁹³ Keck and Low 2004, 20; cf. WTO 2006, 78. Tradução livre: “[t]he multitude of tax breaks and holidays are easily matched and competed downwards by other zones around the world”.
- ⁹⁴ Cf. Hoekman and Kostecki 2009, 588.
- ⁹⁵ Torres 2007, 223. Tradução livre: “also lies in the synergies that can be created by having a group of enterprises, including SMEs [small and medium enterprises], in close proximity and with access to improved infrastructure, research and development institutions, an educated workforce and trade facilitation programmes”.
- ⁹⁶ WT/DS46/R, 14 April 1999, para. 7.26.

REFERÊNCIAS

SEÇÃO 1: LIVROS E ARTIGOS

- Arnold, B.; McIntyre, M. (2002).** *International Tax Premier* 2ª ed. Hague: Kluwer Law International.
- Baccheta, M.; M. Jansen, M. (2003).** *Adjusting to Trade Liberalization: The Role of Policy, Institutions and WTO Disciplines*. Special Studies 7. Geneva: World Trade Organization. Disponível em: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_7_e.pdf. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Benitah, M. (2001).** *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*. Hague, London: Kluwer Law International.
- Bertram, D.; Lawson, R. (2003).** *Business Tax and Law Handbook*. Harlow: Pearson Education.
- Bütler, M. (2000).** "The WTO Dispute Settlement System: A First Assessment from an Economic Perspective." *Journal of Law, Economics and Organization* 16: 503.
- Chang, H.-J. (2005).** *Why Developing Countries Need Tariffs: How WTO NAMA Negotiations Could Deny Developing Countries' Right To a Future*. Geneva: South Centre. Disponível em: http://www.southcentre.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=45&Itemid=182&lang=en&limitstart=5. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Charnovitz, S. (2005).** "Belgian Family Allowances and the challenge of origin-based discrimination." *World Trade Review* 7.
- Creskoff, S.; Walkenhorst, P. (2009).** *Implications of WTO Disciplines for Special Economic Zones in Developing Countries*. Washington: World Bank. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/04/06/00015834920090406164735/Rendered/PDF/WPS4892.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Dunning, J.H.; Lundan, S.M. (2008).** *Multinational Enterprises and the Global Economy* 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar.
- Emadi-Coffin, B. (2002).** *Rethinking International Organisation: Deregulation and Global Governance* London: Routledge at 123 and 151 in Chimni, B.S. (2004). "International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making." *European Journal of International Law* 1.
- Hanson, G.H. (2001).** *Should Countries Promote Foreign Direct Investment?* New York, Geneva: United Nations. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/pogdsmdpbg24d9.en.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Hoekman, B.M.; Kostecki, M.M. (2009).** *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. New York: Oxford University Press.
- Irwin, D. (2009).** *Free Trade Under Fire* 3ª ed. Princeton: Princeton University Press.
- Keck, A.; Low, P. (2004).** *Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How?* Geneva: World Trade Organization. Disponível em: http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200403_e.htm. Acesso em 7 de julho de 2013.
- Kelley, D. (1998).** "A Life of One's Own: Individual Rights and the Welfare State" (1998) at 1 in Steiner, H. J./Alston, P./Goodman, R. (2007). *International Human Rights in Context* 3ª ed. New York: Oxford University Press.
- Kundra, A. (2000).** *The Performance of India's Export Zones: A Comparison with the Chinese Approach*. New Delhi, London: Sage Publications.
- Legal Information Institute (2013).** *Wex Dictionary (Cornell Law School)*. Ithaca: Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Lester, S.; Mercurio B.; Davies, A./Leitner, K. (2008).** *World Trade Law: Text, Materials and*

Commentary. Oxford, Portland: Hart Publishing.

- Luja, R.H.C. (2003)**. *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A View on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation*. Antwerpen: Intersentia.
- Magnus, J. (2006)**. “China Subsidies and US Responses”, testimony before the U.S.-China Economic and Security Review Commission, Hearing on *China’s World Trade Organization Compliance: Industrial Subsidies and The Impact on US and World Markets*. Washington. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/articles/magnuschinesesubsidies.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Matsushita, M.; Schoenbaum, T.J.; Mavroidis, P.C. (2006)**. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy* 2nd ed. New York: Oxford University Press.
- O’Leary, B. (2001)**. “The Continued Viability of Foreign Sales Corporations (FSCs): An Analysis of the WTO Decision Declaring FSCs Incompatible with GATT Trading Rules.” *San Diego International Law Journal* 149.
- Sykes, A. (2009)**. “The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective.” Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 380. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444605. Acesso em 7 de julho de 2013.
- Tokarick, S.; Subramanian, A. (2003)**. *Export Financing and Duty Drawbacks: Note on Issues Raised by Developing Countries in the Doha Round – Communication from the International Monetary Fund*. WTO document WT/TF/COH/15. Geneva: World Trade Organization.
- Torres, R.A. (2007)**. “Free Zones and the World Trade Organization Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.” *Global Trade and Customs Journal* 2. Disponível em: http://www.freezones.org/GTCJ_03-offprints%20TORRES.pdf. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- Trebilcock, M.; Howse, R. (2005)**. *The Regulation of International Trade* 3rd ed. London: Routledge.
- World Bank Group, FIAS (2008)**. *Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*. Geneva: FIAS/World Bank Group. Disponível em: <https://www.wbginvestmentclimate.org/toolkits/investment-generation-toolkit/upload/SEZ-Report-April-2008.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- WorldTradeLaw.net (2010)**, 12 March. *Dispute Settlement Commentary on AB Report, Canada – Autos*.

SEÇÃO 2: PUBLICAÇÕES TÉCNICAS

- Boyenge, J.P.S. (2007)**. *ILO database on export processing zones (revised)*. Geneva: International Labour Office. Disponível em: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_80_engl.pdf. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- International Centre for Trade and Sustainable Development (2002)**, 22 January. *Bridges: Weekly Trade News Digest*, vol. 6.
- International Labour Organization (ILO) (2007)**. *What are EPZs?* Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/themes/epz/epzs.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2012.
- Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) (1998)**. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OECD. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2013.
- World Trade Organization (WTO) (2006)**. *World Trade Report 2006: Exploring the links between subsidies, trade and the WTO*. Disponível em: www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr06_e.htm. Acesso em: 7 de julho de 2013.

**LEX SPORTIVA: DA EFICÁCIA JURÍDICA AOS
PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONAIS**
*// LEX SPORTIVA: FROM LEGAL EFFICACY TO
TRANSCONSTITUTIONAL PROBLEMS*

Ramón Negocio

>> RESUMO // ABSTRACT

Este artigo visa analisar a *lex sportiva* sob a ótica da eficácia jurídica das suas decisões. Para isso, será feita uma análise de como é a estrutura da *lex sportiva*, tendo em vista a possibilidade de cumprimento das decisões por parte de seus atores associados. Isso será possível diante do comando que existe a partir das competições internacionais e, mais do que nunca, porque há uma ordem jurídica que os envolve. Enquanto ordem transnacional, quando confrontada com outras ordens jurídicas (local, nacional, internacional e supranacional), ela logrará êxito na eficácia das decisões. Isso implicará alguns problemas de ordem transconstitucional que demandarão uma abertura para o diálogo. Assim, problemas como acessibilidade à Justiça, princípio da igualdade, liberdade, direitos humanos merecerão uma nova significação a partir de colisões entre ordens. // This paper aims to analyze the *lex sportiva* considering the legal efficacy of its decisions. For this, an analysis of the structures of *lex sportiva* will be carried out, considering the possibility of compliance of its decisions by associated actors. This will be possible under the existing ruling of which exists from the international competitions. As a transnational order, when confronted with other legal orders (local, national, international and supranational), the *lex sportiva* decisions will succeed. This implies some problems of transconstitutional order that will demand opening for dialogue. Therefore, problems as access to Justice, principle of equality, freedom and human rights will earn a new meaning from the collisions between orders.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Lex sportiva; eficácia jurídica; colisões entre ordens; transconstitucionalismo; direitos fundamentais. // *lex sportive*; legal efficacy; collisions between orders; transconstitutionalism; fundamental rights.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorando pela Universidade de Frankfurt am Main. // MSc in Constitutional Law at the Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Phd candidate at the Goethe-Universität Frankfurt am Main.

INTRODUÇÃO

O Tribunal Arbitral do Esporte se tornou, diante de uma rede complexa de relações, o centro da ordem jurídica desportiva. Entretanto, não ficou restrito a assuntos exclusivamente desportivos. O crescimento da complexidade nos julgados esportivos é resultado de uma maior complexidade de problemas lá desenvolvidos, como no caso de doping: atletas, independentemente de idade e sexo, podem ser proibidos, por um órgão não-estatal, de exercer sua atividade remuneratória, se recorrentes no uso de substâncias ilícitas. Esse fato vai tocar em várias áreas do saber jurídico. Desde já, o fenômeno do direito desportivo transnacional – *lex sportiva* – merece maiores considerações pelas doutrinas de Teoria Geral do Direito e de Direito Internacional, assim como do Direito Constitucional.

O presente artigo visa entender como a *lex sportiva*, enquanto ordem autônoma, garante a eficácia de suas decisões. Em possíveis colisões com outras ordens jurídicas, problemas de ordem constitucional, nesse contexto, emancipam-se do Estado para ganhar novas aplicações de Tribunais fora do plano estatal. O poder de vinculação da *lex sportiva* – ordem jurídica sem Constituição – sobre seus atores traz uma nova visão no que tange à soberania jurídica do Estado, principalmente quando a decisão dela se sobrepõe a algum órgão.

Tão importante quanto identificar problemas constitucionais é estabelecer os limites da *lex sportiva*. Muitas vezes, notar-se-á que a justificativa da ordem transnacional em se declarar competente para decidir eficazmente é de caráter constitucional, principalmente quando confrontada com ordens estatais. Contudo, a *lex sportiva* não se encontra isolada no sistema jurídico em relação a outras ordens. É importante verificar as situações que exigem estabelecer os limites e possibilidades para o diálogo quando mais de uma ordem encontra-se especialmente envolvida em problemas constitucionais. Mesmo que fragilmente, o sistema jurídico exige maior consistência e integração de seus atores constitucionalmente envolvidos.

No primeiro tópico, serão estudadas a estrutura da ordem desportiva e as formas de eficácia advindas de suas decisões. Em tópico segundo, delimitaremos o conceito de “transconstitucionalismo” para fins de contextualização diante das possíveis colisões com outras ordens. Do terceiro tópico em diante, serão discutidos os limites da ordem desportiva e suas formas de aprendizado com outras ordens jurídicas.

1. POR QUE OBSERVAR, CUMPRIR OU EXECUTAR A ORDEM DESPORTIVA?

Das partidas nos campos de terra ao futebol profissionalizado existe algo que os une e algo que os separa. A prevalência da performance esportiva sobre as regras de campo caracteriza uma narrativa comum do que é o esporte. Ao mesmo tempo, o reconhecimento oficial dos resultados da performance demanda uma organização.

Um atleta que busca competir oficialmente precisa do reconhecimento não apenas de seus recordes em competição, mas também, e acima de tudo, do reconhecimento de sua qualidade como atleta. Para tanto, se sujeita às regulações desportivas, vincula-se às Federações Nacionais desportivas (FN) para competir nacionalmente e às Federações Internacionais (FI) para competições internacionais. Como num efeito cascata, a afiliação da FN à FI resulta na imposição de regras institucionalizadas aos atletas¹. O atleta, para que seja reconhecido como tal, se sujeita a uma relação associativa que o vincula, como se fosse um contrato de adesão, a instituições as quais, aparentemente, não buscou de forma direta. Vale ressaltar que o atleta não tem a opção de não se filiar a uma FN, eis que a filiação é uma imposição por parte das FI's, responsável pela deliberação das licenças para a disputa de uma competição internacional. Por um lado, a licença dá o direito de competir; por outro, o dever de se submeter ao poder federal².

Em uma primeira análise, esporte, atleta e órgãos desportivos ensejam o reconhecimento global de sua atividade. Portanto, disputam o domínio sobre as competições desportivas. O Comitê Olímpico Internacional (COI) cumpre um papel importante ao administrar a principal competição desportiva global, as Olimpíadas. O COI reconhece as FI's – entidades esportivas para pleitear ou administrar seu esporte nas Olimpíadas – e os Comitês Olímpicos Nacionais (CON) – instituições que buscam fiscalizar e administrar os assuntos olímpicos no âmbito nacional –, sob a égide da Carta Olímpica (uma espécie de regimento hierarquicamente superior)³. O COI escolhe a localidade onde serão realizadas as Olimpíadas, que possuirá um Comitê Organizador do Jogos Olímpicos (COJO) – importante instituição que estabelece uma relação entre Estado realizador das Olimpíadas e o COI. Isso não é pouco para uma instituição entendida internacionalmente como uma ONG⁴. Embora não possua cláusulas garantindo a inviolabilidade de seus locais e arquivos – tal como a Cruz Vermelha – e também não se beneficie de imunidade de jurisdição e de execução, nem mesmo para os seus dirigentes⁵, não se pode ignorar a força de negociação e imposição de suas regras, principalmente nos países realizadores dos Jogos Olímpicos.

Outra figura reguladora na estrutura transnacional desportiva é a Agência Mundial Antidoping (AMA ou WADA). Depois das fracassadas tentativas internacionais de regulação de combate ao doping no esporte⁶, a AMA aparece como forma de acoplar a preocupação com a saúde dos atletas, por parte dos Estados, e a igualdade desportiva, por parte das organizações desportivas. Foi a forma encontrada para evitar a “politização” da lógica desportiva, assim como a “esportização” da política. Para tanto, suas regulações possuem a participação de metade de atores estatais e metade de atores privados desportivos⁷, que ditam a toda a comunidade desportiva o que é “proibido”, “permitido” ou “obrigatório” no que tange ao doping de acordo com o estabelecido no Código Mundial Antidoping (CMA). É necessário, porém, não só regular sobre o doping como também *decidir* sobre este.

Pode-se afirmar que, diante do reconhecimento das principais organizações transnacionais desportivas, o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS)

é o centro da ordem jurídica desportiva. Situado em Lausanne, Suíça, o TAS é um tribunal privado e vinculado às regras das organizações desportivas atreladas às suas decisões. O TAS possui uma estrutura autônoma em termos de administração financeira, dado que não depende exclusivamente do COI para sobreviver. Destaque-se que as indicações de quem serão os árbitros a decidirem sobre as questões desportivas, no TAS, não são da alçada do COI. A nomeação de lista de árbitros fica a cargo do Conselho Internacional de Arbitragem em matéria de Esporte (ICAS). Seus membros não são indicados somente pelo COI, como também por FI's e CON's.

As decisões vinculantes do TAS apresentam a necessária diferenciação de um sistema social em relação a outro, uma vez que faz-se indispensável que exista o desenvolvimento simultâneo de uma diferenciação interna⁸. Desse modo, o TAS internaliza-se em uma lógica em que há uma hierarquia entrelaçada entre julgar e legislar, ou seja, não existe uma sobreposição de um sobre o outro, mas uma relação de circularidade⁹. Assim, a legislação esportiva (Estatutos, CMA, Carta Olímpica, contratos etc.) determina que o TAS seja competente em aplicar suas disposições. Ao mesmo tempo, o TAS está condicionado a aplicar a legislação a partir do que se encontra nela, isto é, validando-a, o que a faz se identificar ainda mais com a função orientadora de comportamentos do próprio direito¹⁰.

Conquanto a eficácia jurídica não seja o denominador primário de definição de uma ordem jurídica, é importante na medida em que revela limites dessa ordem. Diferentemente da eficácia social (ou efetividade), a eficácia jurídica é a capacidade de produzir os efeitos que são próprios das regulações¹¹, o que significa que é possível verificar a observância, aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma jurídica¹². As outras espécies de eficácia da norma são a execução em sentido estrito, enquanto ação impositiva do fato, e a “a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado”¹³, acrescentando “não só a produção da ‘norma de decisão’ (individual) do caso, mas também a produção da ‘norma jurídica’ (geral) aplicável ao caso”¹⁴. A ideia de uma decisão localizada e uma concretização deslocalizada possui grande força nas estruturas desportivas. O âmbito de eficácia da ordem encontra-se nos termos da vinculação às competições de que os atletas participam. Independentemente de território, o atleta terá de cumprir com as regras dessas federações, que, por efeito cascata, terão de cumprir com os ditames das organizações estrangeiras. Como veremos a seguir, o atleta não poderá fugir das regras transnacionais, por exemplo. Em regra, caso haja intervenção estatal em regras desportivas, incorre-se no risco de não só o atleta como também a FN serem suspensos dessa ordem jurídica. Cabe agora verificar como a ordem desportiva justifica e se impõe diante de outra ordem jurídica. Entretanto, para melhor compreensão no enquadramento transconstitucional, deve-se delimitar, previamente, o sentido de “transconstitucionalismo”.

2. TRANSCONSTITUCIONALISMO

Mais do que problemas nacionais, os direitos fundamentais (e humanos), além de controle e limitação do poder têm se tornado cada vez mais relevantes globalmente. Esses problemas chamam as ordens a se manifestarem, “implicando uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns”¹⁵. Apesar de ter origem no Estado territorializado, o direito constitucional vem apresentando emancipação, “tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais”¹⁶.

Em seu trabalho *Transconstitucionalismo*, Marcelo Neves tanto parte de pressupostos da teoria dos sistemas como também dá um salto teórico sobre estes, dado que percebe que o conceito de “razão transversal”, proposto por Welsch, tem espaço na elaboração de vínculos construtivos. Diferentemente do acoplamento estrutural (mas com necessária afinidade), há uma “complexidade preordenada” de um sistema posto à disposição do outro de forma acessível, possibilitando o “intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”¹⁷. Fala-se, portanto, de uma razão que “está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como ‘pontes de transição’ entre heterogêneos”¹⁸. Ou seja, se na perspectiva da teoria dos sistemas a Constituição seria o lugar que permitiria o acoplamento – enquanto “filtro de irritações e influências recíprocas”¹⁹ – entre sistema político e jurídico, cuja percepção de um sistema sobre o outro seriam verdadeiras “caixas-pretas”, Neves compreenderá a Constituição do Estado a partir de suas racionalidades já processadas, isto é, na política, a democracia, e no direito, o princípio da igualdade²⁰.

Desse modo, Neves busca afastar uma inflação semântica sobre o termo “Constituição”. Para ele, o que se vê são esferas sociais fortes perante um sistema jurídico fraco, tal qual na *lex mercatoria*, em que o direito está a serviço do dinheiro não garantindo, portanto, a igualdade jurídica em face de atores econômicos fortes. Há, porém, o reconhecimento da “proliferação de ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios”²¹, resultando numa “diferenciação no interior do sistema jurídico”²². A multiplicação de relações entre essas ordens ganha maior relevância quando se nota a existência de “pontes de transição” desenvolvidas a partir dos respectivos juízes e tribunais²³. Daí que o centro de uma ordem jurídica (os juízes e tribunais) servirá, nessa situação, como periferia de outro, desenvolvendo uma relação de aprendizado, sem que haja “o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica”²⁴.

O autor não nega que essa “conversação” possua um caráter virtual de disputa sobre o objeto no qual incide, não havendo uma cooperação permanente, dada as perspectivas jurídicas diversas²⁵. Ele também ressalta que o entrelaçamento não é reduzido na relação entre tribunais (apesar de ser o principal), eis que a incorporação de sentidos normativos de outras ordens pode ser constatada na relação informal “entre

legislativo, governo e administrações de diversos países”²⁶. Contudo, no que diz respeito ao transconstitucionalismo, o que importa é a “conversação constitucional”, não cabendo falar de hierarquia estrutural entre ordens, senão de “incorporação recíproca de conteúdos”, implicando uma “releitura de sentido à luz da ordem receptora”²⁷. Esse aspecto assemelha-se com o fenômeno da “irritação”, tratado por Teubner, quando do recebimento de conteúdo de ordem alheia, havendo desarticulação e articulação do sentido estrangeiro em relação à ordem receptora²⁸. Nesse contexto, ao citarem-se reciprocamente, as cortes se dispõem ao aprendizado construtivo a partir de uma racionalidade transversal, o que resultaria em uma vinculação de decisões entre cortes²⁹.

Neves expõe que o constitucionalismo – enquanto resposta para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, assim como limitação e controle do poder estatal – ganhou contornos normativos e transterritoriais que levam à “necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado”³⁰, deixando “de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois passaram a apresentar-se como relevantes para essas”³¹. Assim, no transconstitucionalismo, o importante é identificar “que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”³². Tendo como base o código binário lícito/ilícito comum a todas as ordens jurídicas, o aprendizado transconstitucional entre as ordens possibilita afirmar que existe uma abertura normativa que “pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos nos quais duas (ou mais) ordens estejam envolvidas”³³. Não há a negação dos programas e critérios próprios. O que ocorre, à luz do problema, é que “os conteúdos normativos se transformam no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens”³⁴.

Diante do contexto apresentado, o autor afirma que o que caracteriza o transconstitucionalismo, enquanto entrelaçamento que serve à racionalidade transversal³⁵, “é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”³⁶. Quando questões constitucionais se submetem “ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”³⁷, mas sempre tendo a necessidade, para o desenvolvimento pleno, da presença, em cada ordem, de princípios e regras que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo³⁸.

Ao projetar uma metodologia ao transconstitucionalismo, Neves expõe que seu início encontra-se na “dupla contingência”, sobretudo entre tribunais³⁹, em que uma ordem conta com a possibilidade de que a ação de outra seja diversa daquela que projetou e vice-versa⁴⁰. Uma das mais importantes consequências da dupla-contingência é o surgimento da confiança ou desconfiança⁴¹. Nessa situação, uma ordem, pela impossibilidade de enxergar bem um problema, tem a possibilidade de vivenciar o relato privilegiado de outra. Para que isso ocorra, a ordem, primeiramente, deve considerar sua identidade, para não incorrer no risco de perder a diferença com seu ambiente. Quando há o confronto entre problemas

constitucionais comuns a diversas ordens, “impõe-se que seja considerada a alteridade”⁴², inclusive entre aquelas ordens que não se abrem ao diálogo⁴³. Este, portanto, é o ponto de partida do transconstitucionalismo⁴⁴.

3. A LEX SPORTIVA: APRENDENDO COM A ORDEM INTERNACIONAL

A preocupação da ordem internacional com a *lex sportiva* praticamente não existe no que tange ao controle do maior objeto da ordem desportiva – suas competições. A ordem internacional vem alimentando, de forma indireta, o argumento jurídico da *lex sportiva*, quando esta vem apresentando maior abertura para temáticas constitucionais oriundas de outras ordens, o que possibilita uma maior integração entre ordens jurídicas.

Ainda assim há um exemplo que mostra certa contribuição de ambos os lados na tentativa de maior integração a partir da solução do doping nas competições. A criação da AMA, do CMA e a Convenção da UNESCO, de 2005, que reforçava a luta contra o doping, servem como ilustração dessa relação, de certa forma, harmoniosa. Todavia, existem episódios pontuais em que a ordem desportiva foi limitada por determinação de órgãos internacionais, assim como a ordem desportiva já se deparou com questões relativas às Convenções Internacionais.

No caso analisado pelo TAS, nº 2008/A/1480, de 16 de maio de 2008 – Pistorius c/ IAAF (International Association of Athletics Federation) –, uma importante questão constitucional foi tratada com relação às pessoas com deficiência. O atleta Oscar Pistorius, cidadão sul-africano e competidor dos 100, 200 e 400 metros rasos, recorreu de decisão tomada pela IAAF, federação internacional responsável pelo atletismo, que o proibira de competir com atletas sem deficiência. Ele não possuía ambas as pernas e utilizava duas próteses que, segundo a IAAF, na Regra 144.2(e), lhe faziam ter maiores vantagens com relação aos seus adversários. O caso mostra que o atleta vinha em uma crescente em seus resultados a ponto de conseguir tempos próximos aos de atletas de níveis olímpicos sem deficiência, o que o credenciava a deixar de competir com as pessoas com deficiência. Sob a alegação de que se beneficiava das próteses, o Conselho da IAAF resolveu proibi-lo de competir.

No recurso, algumas questões foram levantadas, mas o que chama a atenção foi ter sido levada à discussão a “Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência”. O recorrente alegou que a IAAF negara seus direitos humanos fundamentais, e também os princípios e valores olímpicos. Tendo como base para a resolução de conflitos o regulamento da IAAF e, para as questões de fundo, a ordem jurídica de Mônaco (país sede da IAAF), a Turma se convenceu, porém, que a Convenção não foi ratificada e promulgada em legislação do Principado. Embora, de início, já afastasse a aplicação da Convenção, o TAS abriu-se ao diálogo ao levá-la em consideração, tomando como exemplo o artigo 30.5, que dispõe que os Estados Partes deverão encorajar e promover a participação das pessoas com deficiência nas atividades em todos os níveis *com vista a*

permitir-lhes participar em igualdade de condições às atividades esportivas. A Turma interpretou a Convenção como se ela requeresse que a um atleta, como o recorrente, fosse permitido competir nas mesmas condições em que outros atletas competiam, sendo essa a questão a ser decidida. Ou seja, se ele está ou não competindo em uma base igual com outros atletas que não utilizam prótese similar. Assim, conforme declarou, se a Turma decidisse que o atleta ganhava alguma vantagem sobre os outros competidores, a Convenção não o assistiria no presente caso.

O TAS acatou o recurso do atleta. Porém, o argumento foi de que a IAAF, sendo a responsável pelo ônus da prova, não conseguiu demonstrar que aquela prótese desigualava as condições entre competidores. A Turma deixou a questão em aberto, para o caso de alguma nova pesquisa conseguir provar que ele era beneficiado desigualmente. A Turma rejeitou a argumentação baseada na discriminação ilegal. Sobre este fato, existe um ponto de discussão com potencial conflitivo constitucional.

A igualdade de acesso das pessoas com deficiência relaciona-se ao princípio constitucional da igualdade. Este princípio possui duas perspectivas inseparáveis, sendo uma referente “à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos”⁴⁵, e outra segundo a qual “procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico-político igualitário”⁴⁶. A Convenção, no artigo 30.5, prevê que “Para que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas [...]”. Esta perspectiva de igualdade da Convenção, mais ligada à segunda perspectiva do princípio, “concerne ao direito a ser tratado como um igual ou ao direito de igual respeito e consideração”⁴⁷.

Nesse caso, sob o ponto de vista da *lex sportiva*, pode-se verificar que essa noção do princípio da igualdade apresentada pela Convenção ganha uma nova significação. A igualdade esportiva tem o sentido de que todos os atletas terão a mesma chance de conquistar a vitória, sendo premiada a melhor performance. A “igualdade de oportunidades” referida na Convenção ganha o sentido de “mesma chance de conquistar a vitória” no direito desportivo. Assim, “o direito de ser um igual”, no âmbito internacional, só possui concretude na esfera esportiva quando obtida a igualdade de chances na competição. A condição de pessoa com deficiência não é encarada da mesma maneira como o é um “atleta com deficiência” no plano esportivo. Portanto, o TAS nota que esse conceito precisa de uma adequação conforme sua ordem, tendo em vista a coerência que se encontra ao redor de seus eventos, mesmo que isso acarrete novos olhares sobre o direito constitucional.

No caso decidido pelo TAS nº 2010/A/2307, de 14 de setembro de 2011 – WADA c/ Jobson, CBF e STJD⁴⁸, o jogador de futebol Jobson, atuando pelo Botafogo do Rio de Janeiro, foi flagrado no exame antidoping, durante o campeonato brasileiro de 2009, nos jogos contra o Coritiba e o Palmeiras, com a presença de cocaína em sua urina (substância proibida pela regulação antidoping da FIFA). Após ter sido apenado com dois anos de

suspensão das atividades desportivas, o atleta recorreu da decisão para instância superior do próprio órgão que o condenara, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD). Em maio de 2010, a pena foi reduzida de dois anos para seis meses. Não concordando com tal reforma da decisão, a WADA recorreu da decisão requerendo que o atleta cumprisse os dois anos inicialmente determinados. O atleta, por sua vez, afirmou que a imposição de uma pena maior feriria os princípios da proteção à saúde e à vida, o princípio da proporcionalidade da sanção e do tratamento igual. Mais que isso, argumentou que a substância não melhora a performance do atleta (que se declarou dependente químico) e que ele era inexperiente ao não desconfiar do uso proibido da substância.

A Turma arbitral entendeu que o atleta infringiu a regulação antidoping. Não entendeu que as circunstâncias – no caso, a dependência química – são excepcionais para o seu comportamento, dado que foi formado sob a cultura profissional que realiza regularmente exames antidoping. A única hipótese de diminuição de pena é o histórico do atleta, ou seja, a não recorrência no doping. A Corte analisou o argumento na ordem dos direitos humanos para saber se existia um desrespeito à ordem internacional e aos direitos humanos na aplicação de dois anos de pena. A Turma teve em conta a opinião do Tribunal Federal Suíço para reafirmar que a legislação desportiva não desrespeita essas ordens jurídicas. Dessa forma, confirmava-se que a aplicação de dois anos de pena não violava regulações de direitos humanos, sendo ela proporcional. O princípio da proporcionalidade das penas é aplicável somente em circunstâncias excepcionais, quando, por exemplo, um atleta provou que não teve culpa pela substância que foi encontrada em seu corpo. O Tribunal, portanto, acatou o pedido da WADA para que ele cumprisse sua pena de dois anos.

O importante dessa decisão é a consideração argumentativa dos direitos humanos na aplicação das penas desportivas. Mais: é o entendimento de que a ordem jurídica está integrada em um sistema jurídico mundial, cujos problemas merecem a consideração de ordens diversas. Aqui, nota-se um diálogo transconstitucional que possibilita também uma defesa perante outras ordens diante do receio da ineficácia das decisões da *lex sportiva*. Como será visto, existem outras ordens que podem delimitar, reformular ou anular decisões do TAS unicamente pelo fator territorialidade.

Verificou-se nesse tópico que os limites da *lex sportiva*, quando diante da ordem internacional, não tendem a ser conflitantes. No máximo, é possível notar uma forma de aprendizado a partir de conceitos alheios à periferia do TAS. Para esses casos, não se encontram conflitos entre tribunais internacionais e o TAS. A forma mais completa de verificação de problemas e formas de aprendizados transconstitucionais está quando mais de um tribunal se depara com problemas constitucionais comuns. De todo modo, percebe-se que o TAS tem se aberto para um entendimento de direitos humanos. Porém, este tribunal não confirma, necessariamente, um sentido universal daqueles, senão os reelabora a partir de seus casos. Embora a *lex sportiva* não possua tantos conflitos normativos com o âmbito internacional, isso é comum no contexto estatal e supranacional.

4. O PAÍS SEDE DO TAS COMO LIMITADOR DA LEX SPORTIVA

O país sede do TAS, do COI e de algumas FI's é a Suíça. A necessidade de se estabelecer em um território faz com que estas organizações se condicionem a alguns dispositivos legais estatais. Essa situação tem como consequência, em certos casos, a intervenção estatal em determinada decisão da ordem desportiva. Neste tópico, certos dispositivos legais estatais que levaram a casos de intervenção serão focados, tendo como base a Suíça.

O artigo 23 da Constituição suíça é o primeiro dispositivo a estabelecer que a “liberdade de associação está garantida”, acrescentando que toda “pessoa tem o direito de criar associações, de aderir ou de pertencer e participar das atividades associativas”. O artigo 60,1 do código civil suíço reforça esta ideia de autonomia de atividades associativas em seu território quando prevê que as “associações políticas, religiosas, científicas, artísticas, de beneficência, de recreação ou outros, que não têm uma meta econômica, adquirem a personalidade desde que elas expressem em seus estatutos a vontade de serem organizadas corporativamente”.

As associações não possuem autonomia absoluta. O artigo 75 do código civil expressa que “Todo societário é autorizado por lei a se dirigir à Justiça em um mês a contar do dia em que tomou conhecimento, das decisões às quais não aderiu e que violam as disposições legais ou estatutárias”. Delimitando, agora, para as associações de âmbito internacional, mais especificamente “o tribunal arbitral que se encontre na Suíça” (art. 176,1 da Lei Federal sobre Direito Internacional Privado - LDIP), o artigo 190,2 fixa algumas condições para que suas decisões sejam questionadas judicialmente. Essas condições são possíveis quando o “árbitro foi irregularmente designado ou o tribunal arbitral foi irregularmente composto”, “quando o tribunal é declarado incompetente”, “quando o tribunal arbitral decidiu além das alegações ou quando omitiu de se pronunciar sobre um dos pontos da demanda”, “quando a igualdade das partes ou seu direito de ser ouvido em procedimento contraditório não foi respeitado”, ou, por fim, “quando a sentença está incompatível com a ordem pública”. O artigo 192,1 acrescenta que se as partes “não têm domicílio, nem residência habitual, nem estabelecimento na Suíça, podem, por uma declaração expressa na convenção de arbitragem ou por um acordo escrito ulterior, excluir todo recurso contra as sentenças do tribunal arbitral” (grifamos).

Esses preceitos citados estão protegidos pelo artigo 29 da Constituição suíça, que, em seus incisos 1º e 2º, expõe, respectivamente, que “Toda pessoa tem o direito – em um procedimento judiciário ou administrativo – que sua causa seja tratada igualmente e julgada em um prazo razoável” e “As partes têm o direito de ser ouvidas”. Contudo, mesmo havendo essa soma entre a previsão constitucional e a lei federal suíça, o estatuto do TAS não prevê nenhuma possibilidade de recurso aos tribunais suíços, excluindo até as exceções mencionadas anteriormente em legislação nacional, pois o artigo R46 exprime que

A sentença notificada pela Secretaria do TAS é definitiva e executória. Ela não é suscetível de nenhum recurso na medida em que as partes

não têm nem domicílio, nem residência habitual, nem estabelecimento na Suíça e renunciaram expressamente ao recurso na convenção de arbitragem ou em um acordo concluído posteriormente, notadamente no início do processo.

O Tribunal Federal Suíço, considerando seu ordenamento, foi importante na modificação das regras do TAS. A decisão BGE 119 II 271 – GÜDEL c/ Federação Equestre Internacional e Tribunal Arbitral do Esporte também foi importante ao declarar, pela primeira vez, o ponto de vista do Tribunal Federal sobre a *lex sportiva*, quando afirmou que um controle jurídico livre e independente “pode ser confiado a um tribunal arbitral, desde que esse tribunal constitua uma verdadeira autoridade judiciária e não o simples órgão da associação interessada no destino do litígio”. Com relação ao caso (mas fazendo algumas restrições), o Tribunal Federal reconheceu essa qualidade de autoridade judiciária do TAS. Porém, foi na decisão 129 III 445 – A e B⁴⁹ c/ COI, Federação Internacional de Esqui e TAS – que o Tribunal Federal reconheceu a total independência do TAS frente a todos os seus atores, podendo as decisões tomadas por esse órgão ser “consideradas como verdadeiras sentenças, assimiláveis aos julgamentos de um tribunal estatal”. Afirmou, também, que o “sistema da lista de árbitros satisfazia às exigências constitucionais de independência e de imparcialidade aplicáveis aos tribunais arbitrais”. Dessa forma, o Tribunal Federal, mais do que reconhecer a independência da ordem e a eficácia de suas decisões, traz uma nova maneira de se interpretar o princípio constitucional da acessibilidade à Justiça. Apesar de reconhecer a autonomia do TAS, isso não significa que o Tribunal Federal fecha os olhos para decisões que sigam o caminho diverso de suas disposições constitucionais.

A decisão BGE 133 III 235 – Cañas c/ ATP (*Association of Tennis Players*) Tour e Tribunal Arbitral do Esporte – foi a primeira que anulou uma decisão do TAS. No caso, Cañas, tenista argentino, no dia 21 de fevereiro de 2005, forneceu uma amostra de urina que revelou a presença de substância proibida. Embora o atleta alegasse que a substância em seu corpo era fruto de um remédio que combatia gripe, o TAS decidiu pela suspensão por 15 meses, perda dos resultados obtidos e restituição de seus ganhos financeiros oriundos do torneio. No dia 22 de junho de 2006, Cañas interpôs um recurso de direito público, no sentido de obter uma sentença que anulasse a decisão do TAS, reclamando que fora violado o seu direito de ser ouvido. Em resposta, o TAS afirmou que o atleta renunciara ao direito de recorrer. Apoiando-se em decisão anterior do Tribunal Federal, Cañas afirmou que a vontade de renunciar deve ser feita por ato expresso.

O Tribunal Federal considerou que a renúncia era ineficaz porque teria sido assinada sob coação, na acepção da jurisprudência construída a partir da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O Tribunal afirmou também que a “pseudorenúncia” de um jogador consagraria uma distorção ao artigo 192 da LDIP. Por fim, em matéria de luta contra o doping, a única maneira de aplicar o artigo 192 LDIP, respeitando o princípio da igualdade, consistiria em negar todo alcance a uma renúncia antecipada ao recurso. Para o Tribunal, isso

ocorre porque o atleta que deseja participar de uma competição organizada sob o controle de uma FI só logrará êxito se aceitar previamente cláusula arbitral prevista em Estatuto. Sendo essa sua profissão, o atleta está obrigado a aceitar essa cláusula. Além disso, por não possuir domicílio, residência ou estabelecimento na Suíça, há a exclusão da possibilidade recursal das decisões do TAS. Portanto, um dos pontos decisivos para a questão era saber se o atleta poderia se recusar a assinar a declaração de renúncia recursal contra eventuais sentenças do TAS, conservando a possibilidade de se inscrever nas competições organizadas pela Federação esportiva. O Tribunal Federal reconhece que “nada impediria os jogadores e organizadores de criarem um circuito paralelo a este da ATP”. Contudo, isso não significa que o atleta teria outra opção, senão a de excluir o recurso contra decisões do TAS. Como a ATP reúne os melhores jogadores de tênis profissionais masculinos e as mais lucrativas competições, ficaria difícil imaginar que o atleta teria outra opção.

A título principal, o atleta alegou que foi violado seu direito de ser ouvido, pois o TAS não teria examinado certos argumentos pertinentes e essenciais para tomar a decisão. O Tribunal Federal estende o direito de ser ouvido ao domínio da arbitragem internacional, incluindo a esportiva, e considera que tal direito é violado quando, por inadvertência ou mal-entendido, o Tribunal Arbitral não leva em consideração os fatos alegados, argumentos, provas e ofertas de prova apresentadas por uma das partes e importantes para a decisão. Foi esta a atitude do TAS alegada pelo atleta recorrente. O TAS podia demonstrar que os elementos omitidos não eram pertinentes para resolver o caso concreto, não havendo violação do direito de ser ouvido, mesmo no sentido constitucional do termo. No caso, o recorrente disse que o TAS não analisou o argumento de que não houve culpa de sua parte na ingestão do medicamento, que, inclusive, era prejudicial à sua performance. Para o atleta, levar em consideração tais questões poderia modificar o resultado do julgado.

Levando em consideração que esse era o único meio recursal do atleta (excluindo o argumento de que não era domiciliado no país), somado à ausência de menção do conjunto de circunstâncias que levaram o TAS a aplicar o princípio da proporcionalidade nos quinze meses de suspensão, o Tribunal Federal entendeu que a Turma arbitral descartou implicitamente os argumentos subsidiários do recorrente. Dessa forma, decidiu pela anulação da sentença arbitral.

Essa decisão merece algumas considerações no âmbito transconstitucional. O Tribunal Federal reconhece que o TAS é um verdadeiro tribunal, o que reorienta a perspectiva do princípio constitucional do acesso à Justiça. Por consequência, o Tribunal suíço admite a soberania das suas decisões, logo, a autonomia de sua ordem. Todavia, para garantir que sua decisão seja definitiva, a ordem desportiva exclui a possibilidade recursal em outra ordem. Esta atitude, verificada no caso, desrespeitou previsões constitucionais do direito de ser ouvido e de direitos humanos. Dessa forma, isto significa que o TAS não é a *ultima ratio* em assuntos que tocam a constitucionalidade. O TAS não pode privar do acesso à Justiça suíça. A anulação da sentença do TAS pode parecer que a ordem suíça não

teve em consideração a ordem desportiva. De fato, é difícil para o Tribunal suíço entender o princípio da responsabilidade estrita, aplicada aos casos de doping no esporte. Nele, o argumento do atleta de que não teve culpa no doping é afastado recorrentemente pelos precedentes arbitrais. Essa é a forma que a *lex sportiva* tem de garantir a igualdade esportiva. Todavia, a decisão do Tribunal Federal não é revisora, senão rescisória, o que mostra um comportamento de contenção de si próprio. É evidente que houve uma interferência no modo de agir do TAS, mas a revisão não invade o mérito do TAS em perceber o direito. Marcelo Neves, a esse respeito, considera:

E, mesmo nos casos em que o Tribunal Federal Suíço insista em assumir competência revisora ou rescisória contrariando as normas reguladoras do TAS, resta às instituições do direito esportivo transnacional transferir a sua sede para um país que se disponha a admitir a autonomia da ordem jurídica transnacional dos esportes. Esse poder de mobilidade das entidades jurídico-esportivas “deslocalizadas”, junto com sua competência para excluir determinados Estados das competições ou torneios internacionais, torna a respectiva ordem jurídica transnacional “soberana” perante os Estados e, portanto, em concorrência com as ordens jurídicas estatais, levando à emergência de problemas transconstitucionais.⁵⁰

A concretização “multilocalizada” da *lex sportiva* também gera conflitos de características transconstitucionais com outras ordens. Tais conflitos são mais numerosos que os exemplos do país sede, sem, contudo, serem menos importantes. Cabe, portanto, em próximo tópico, analisar esses conflitos e soluções, principalmente transconstitucionais entre ordens estatais e *lex sportiva*, que, por consequência, explicitam os limites da autonomia desta.

5. AUTONOMIA JURÍDICA DA LEX SPORTIVA PERANTE AS ORDENS NACIONAIS

A ordem desportiva tem uma localidade, seja onde se instala sua sede seja onde se realizam suas competições, mas suas decisões possuem múltiplas localidades dada a existência de outros órgãos e atletas a elas vinculados. Esses, em uma coordenação associativa, vinculam-se às suas decisões, mesmo em territórios diferentes de onde se tomam decisões vinculantes. Embora existam países que veem no esporte valores merecedores de seu controle, as regras transnacionais do direito desportivo se sobrepõem, quase na integralidade, ao controle estatal quando estão envolvidas medidas disciplinares que visam o bom desenvolvimento da competição internacional. Tais medidas podem tocar em questões como nacionalidade, contratos trabalhistas, saúde, além de questões econômicas, como a comercialização do esporte⁵¹. Todas essas questões, em um primeiro contato, remetem a assuntos essencialmente constitucionais⁵².

Quando existem conflitos entre a *lex sportiva* e outra ordem, é comum o TAS se manifestar em prol da ordem desportiva através do princípio constitucional da igualdade. Além da perspectiva do igual acesso, o princípio da igualdade exige que os casos sejam tratados igualmente. Isso se liga à regularidade da aplicação normativa, isto é, do princípio da legalidade⁵³. A legalidade aqui não significa aplicação da lei no sentido estatal, senão no sentido da aplicação dos regulamentos privados (e do CMA) dos atores esportivos. Cabe, portanto, ao TAS aplicá-los regularmente aos casos iguais. Não foi exceção a sentença n° TAS 2006/A/1119, de 10 de dezembro de 2006 – União Ciclista Internacional (UCI) c/ L. e Real Federação Espanhola de Ciclismo (RFEC)⁵⁴.

Após resultado positivo de exame antidoping realizado por um laboratório credenciado pela AMA, a UCI, federação responsável pelo ciclismo no mundo, condenou o atleta e, em seguida, determinou, com base nesses dados, que a Federação espanhola seguisse procedimento disciplinar nos termos de seu regulamento antidoping. Por intermédio do Comitê Nacional de Competição e Disciplina Desportiva (CNCDD) – órgão disciplinar nacional constituído por lei –, o ciclista profissional teve o benefício da dúvida concedido porque o processo estava incompleto por não se conformar a todas as exigências legais aplicáveis, o que não garantiria totalmente o resultado. Pela previsão existente no CMA, a UCI recorreu ao TAS com o intuito de reverter tal decisão. O atleta sustentava que o TAS era incompetente, pois o direito espanhol prevê que, em casos de recursos, a competência é do CNCDD, cujas decisões podem ser objeto de um recurso frente a um tribunal administrativo espanhol. Em lei espanhola também era proibido sustentar recurso à arbitragem em matéria de doping. Recorrer ao TAS, segundo o atleta, contrariava o direito inalienável de acesso à Justiça, reconhecido em sua Constituição⁵⁵. Soma-se a isso o fato de que ele alegava não ter consentido em se submeter à arbitragem do TAS.

O TAS afirmou que somente as autoridades internacionais podem gerir juridicamente suas competições esportivas, pois tendem a submeter todos os atletas a um tratamento igualitário, assegurando que certas FN's não sejam passivas em face das violações cometidas por seus atletas. A ordem jurídico-esportiva tem por objetivo assegurar o respeito à sinceridade das competições (isto é, a impossibilidade inicial de se saber qual será o resultado final) e a igualdade dos competidores. O TAS justificou a eficácia da própria ordem a partir do princípio constitucional da igualdade, pois se confiasse às “leis nacionais o cuidado de reger as condições nas quais se devem desenvolver as competições internacionais terminaria em um sistema incoerente e desigualitário”⁵⁶. Se isso ocorresse, haveria uma corrida pela legislação menos repressiva no que se refere ao doping. Uma mesma disciplina esportiva submetta todos os participantes de seus eventos às mesmas regras. O TAS não nega a soberania nacional, mas a delimita ao próprio território. Se houvesse, em detrimento da autoridade esportiva, a interferência estatal nas competições internacionais, isso seria, teoricamente, concebível. Contudo, tal comportamento contrariaria a luta contra o doping, além de poder resultar na exclusão do país nas competições internacionais⁵⁷.

O TAS, declarando-se competente enquanto autoridade transnacional a julgar tais causas, rejeitou o argumento constitucional do atleta segundo o qual houve o desrespeito ao direito inalienável de acesso à Justiça e aos tribunais. O Tribunal afirmou que há uma relação de complementaridade entre ordens, dado que um mesmo comportamento pode ser sancionado penalmente, sem que leve a uma sanção do ciclista no nível internacional. Da mesma maneira, um atleta pode ser excluído, mas não ser sancionado penalmente. Tal postura acaba sendo coerente com duas decisões do próprio Tribunal, quando, na sentença n° TAS 2007/O/1381, de 23 de novembro de 2007 – Real Federação espanhola de Ciclismo & V. c/ União ciclista internacional (UCI)⁵⁸ –, a FI tentou utilizar processo penal para suspender atleta, assim como na decisão n° TAS 2008/A/1572 ; /1632 ; /1659, de 13 de novembro de 2009 – Gusmão c/ FINA (Federação Internacional de Natação) –, em que a atleta queria ser absolvida esportivamente, após ter sido absolvida penalmente.

A sentença rejeitou o recurso da UCI, acatando as argumentações contrárias ao procedimento irregular que o atleta levantou. Porém, é fundamental, para efeito de transconstitucionalismo, entender como foi articulado o conflito entre os princípios da soberania e do acesso à Justiça, de um lado, e o princípio da igualdade, de outro. Se no recurso o atleta alega que o TAS não é competente em decorrência das normas constitucionais de seu país, gera-se uma colisão entre princípios constitucionais de ordens diversas. Ao mesmo tempo, ao afirmar que existem esferas diversas para tratar do mesmo tema, o TAS se dispõe a enxergar que o doping pode ser punido por outras ordens, sem que fira sua soberania. Destarte, “a complementaridade e a tensão entre ordem jurídica transnacional e ordem jurídica estatal manifestam-se simultaneamente em torno de problemas constitucionais, sem que nenhuma das duas possa ter *a priori* a primazia, ou seja, seja detentora da *ultima ratio*”⁵⁹.

Até aqui, foram observados alguns casos em que a *lex sportiva* demonstra sua autonomia perante outras ordens, ao mesmo tempo em que reelabora conceitos constitucionais quando questionada sua atuação. Analisaram-se, também, conflitos entre ordens – especialmente seus tribunais – diante de problemas jurídicos comuns, promovendo soluções constitucionais diversas sobre estes. Sem negar a alteridade, isto é, a correção de problemas comuns, a *lex sportiva* possui uma justificativa forte, através do princípio da igualdade, para impor suas decisões perante as ordens estatais. Ainda assim, não se pode negar que, a princípio, um tribunal nacional não reverteria uma decisão do TAS. Mesmo que tentasse inutilizar a eficácia das decisões em seu território, não impediria que a comunidade desportiva retirasse o reconhecimento da FN que vincula este atleta. Ou seja, caso a decisão do TAS não seja respeitada, corre-se o risco de que todos os atletas e as instituições nacionais vinculados a essa rede desportiva sejam impedidos de participar de competições internacionais. Essas situações enquadram-se na exigência de um entrelaçamento entre ordens visando à solução de problemas e ao aprendizado constitucional, o que, de certo modo, não foi possível notar de forma ampla nos casos estudados por meio da “conversação” entre tribunais. Levanta-se, então, a

seguinte questão: em que situação é possível verificar um entrelaçamento construtivo de ordens na solução de problemas constitucionais comuns? Para que essa pergunta seja respondida, a ordem supranacional entrará em cena.

6. A FORÇA IMPOSITIVA DO DIREITO COMUNITÁRIO FRENTE À LEX SPORTIVA

A facilidade com que a *lex sportiva* conseguiu concretizar boa parte de suas decisões nas mais diversas ordens territorialmente delimitadas não será encontrada no plano do direito comunitário. Esta ordem possuirá grande força para influenciar modificações na ordem esportiva, assim como possibilitará um novo olhar sobre problemas jurídicos. Isso ocorre pelas seguintes razões:

Comparando essa força do direito comunitário perante o direito esportivo transnacional, observa-se que a União Européia tem uma postura de maior autonomia perante as federações esportivas transnacionais do que os Estados, pois não há federações esportivas no plano da Europa, cujo desenvolvimento e manutenção sejam fatores relevantes de legitimação da União. Ao contrário, os Estados, em cujo âmbito territorial as federações estão primariamente vinculadas às federações transnacionais, tornam-se muito dependentes dessas para fins do desenvolvimento dos desportos no plano interno, que é um dos fatores de legitimação.⁶⁰

A força do direito da União Europeia está longe de ser destrutiva para a ordem desportiva. Ela “tem desempenhado um importante papel de intermediação transconstitucional entre as ordens jurídicas estatais dos seus Estados-membros e a ordem jurídica transnacional dos esportes”⁶¹. A decisão C-415/93, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), do caso *Union royale belge des sociétés de football association (ASBL) e outros c/ Jean-Marc Bosman e outros*, exemplifica bem o funcionamento de situações conflituosas entre ordem desportiva e comunitária.

Em maio de 1988, Jean-Marc Bosman, atleta belga, assinou um contrato com um clube da primeira divisão belga, *SA Royal Clube Liégeois* (RC Liège). Foi acordado que, ao término do contrato, o clube poderia reter seu passe, devendo qualquer transferência futura do jogador, no fim de seu contrato, ser regulada pelas regras da Associação Belga de Futebol. Dois meses antes do fim do contrato, o clube ofereceu ao jogador um contrato de um ano mediante um valor menor, o que o fez rejeitar os novos termos. Porém, com base em regulamento da Associação Belga a respeito de transferências de jogadores, o clube colocou-o na lista de “transferência compulsória”, o que significava que se o jogador e o clube interessado concordassem com o pagamento da transferência e da taxa, a transferência poderia seguir mesmo sem aceitação do clube fornecedor. No dia 1º de junho, o período de transferência compulsória chegou ao

fim e iniciou-se o período em que o jogador poderia ser negociado livremente com a concordância do clube fornecedor, dado que ninguém se interessou pelo passe do atleta. Bosman tentou sair do clube, assinando contrato com o clube francês US Dunquerque, que lhe ofereceu um salário maior. No dia 27 de julho de 1990, houve o acordo pelo empréstimo do atleta por uma temporada com valor predeterminado de compra, sob as regras da Associação Belga. Mas, como havia o receio da insolvência do clube francês, os contratos firmados ficaram sem efeito. No dia 31 de julho de 1990, RC Liège suspendeu Bosman, impedindo-o de jogar durante toda a temporada⁶².

No dia 8 de agosto de 1990, Bosman interpôs uma ação ante o Tribunal de primeira instância de Liège contra seu clube. Paralelamente à lide principal, apresentou uma demanda com relação a questões provisionais, que tinha por objeto, principalmente, proibir que se obstaculizasse a liberdade de contratação de seus serviços, o que levantava questão prejudicial ao TJCE. No dia 9 de novembro, o juiz de medidas provisionais condenou o clube belga e sua federação a pagarem ao atleta uma quantia de 30 mil Francos Belgas e os ordenou a não obstaculizarem sua contratação. Além disso, levantou questão prejudicial ao TJCE com relação à *livre circulation de trabalhadores* (antigo artigo 48 e atual artigo 39 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia). Apesar da condição suspensiva dada pelo juiz das medidas provisionais, verificava-se que o atleta foi objeto de boicote por parte de todos os clubes europeus que poderiam contratá-lo.

No dia 28 de maio de 1991, a Corte de apelação de Liège revogou a medida provisional do Tribunal de primeira instância de Liège de modo que levantava questão prejudicial ao TJCE (o que fez, também, este ser revogado). Isso não impediu que a Corte condenasse o clube a pagar uma quantia mensal ao atleta e à Federação e a colocar o atleta à disposição de qualquer clube que quisesse obter seus serviços, sem a obrigação de pagar nenhuma compensação. Bosman, em 20 de agosto de 1991, pediu para que a União das Associações Europeias de Futebol (UEFA) participasse do litígio iniciado por ele contra o clube e a Federação belga, dirigindo diretamente contra esta última uma ação baseada na responsabilidade pela adoção dos regulamentos que o prejudicaram. Em 9 de abril de 1992, Bosman modificou seu pedido inicial, ampliando sua demanda contra a UEFA. Somado ao pedido de pagamento dos prejuízos sofridos, solicitou que a Corte europeia declarasse que não eram aplicáveis as regras da UEFA *relativas às transferências, nem as cláusulas de nacionalidade*, o que servia de objeto de invocação ao TJCE de questão prejudicial. A Corte de Apelação de Liège, após impugnação das partes contrárias, admitiu as ações do atleta contra a UEFA e a Federação belga, principalmente no que se refere ao desrespeito aos (atuais) artigos 39 (livre circulação de trabalhadores, abolindo qualquer discriminação em função da nacionalidade), 81 (proibição de medidas que impeçam a liberdade de concorrência) e 82 (proibição de medidas tomadas por empresas que explorem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum). Para que o TJCE se pronunciasse, tais artigos do Tratado de Roma foram contextualizados pela Corte de Apelação nas seguintes questões: um clube de futebol

pode exigir e receber o pagamento de uma quantidade pecuniária por motivo de contratação de um de seus jogadores, ao término de seu contrato, por parte de um novo clube empregador? As associações ou federações esportivas nacionais e internacionais podem estabelecer em suas regulamentações determinadas disposições que limitem o acesso dos jogadores estrangeiros cidadãos da Comunidade Europeia às competições que organizam? A primeira questão diz respeito às regras de transferência da UEFA em que um clube vendedor pode receber uma compensação pelo passe do jogador, justificado pelo fato de este ter se desenvolvido e treinado no clube, mesmo que não esteja com contrato em vigor. A segunda se refere à limitação do número de comunitários por clube pela regra do “3+2”, isto é, os clubes não podem ter mais que três não nacionais e dois “assimilados”, que jogaram no país por cinco anos consecutivos⁶³.

Diante das questões levantadas, o TJCE considerou que a prática do esporte está regulada pela ordem comunitária, na medida em que constitui uma atividade econômica, como nos casos dos jogadores de futebol profissionais ou semiprofissionais, pois efetuam atividades remuneratórias. Não é, assim, necessária a personalidade jurídica de empresa por parte do empregador para a aplicação dessas disposições. O Tribunal afirmou que as normas que regem as relações econômicas entre os empresários de um setor estão incluídas no âmbito de aplicação das disposições comunitárias relativas à livre circulação, quando afetam as condições de emprego dos trabalhadores. Esse é o caso das regras de transferência de jogadores entre clubes de futebol, uma vez que as relações econômicas entre eles afetam, através da obrigação imposta aos clubes empregadores de pagarem compensações ao contratar um jogador de outro clube, as possibilidades desses profissionais encontrarem emprego. O TJCE admite a autonomia das organizações privadas, mas não aceita que elas firmem os limites do exercício do direito de livre circulação, conferido pelo Tratado. Para o caso, não serve o argumento de que as regras são regras jurídicas internas, o que não inclui a ordem jurídica comunitária. Portanto, a regra do “passe do atleta” *ferre o direito da livre circulação* dos jogadores que desejam exercer sua atividade em outro Estado-membro. Para o TJCE, não é legítimo afirmar que tal regra seja o meio adequado para se alcançar o equilíbrio financeiro e desportivo entre os clubes, a busca de jogadores de talento e a formação de jovens jogadores, porque isso não impede que os clubes mais ricos consigam os serviços dos melhores jogadores, além de que os fatores econômicos não são definitivos para o equilíbrio entre clubes na competição esportiva. Por fim, o Tribunal afirmou que a regra do “3+2” não respeita o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade. Tal regra não pode ser considerada como inerente ao esporte ou como um fator de manutenção da igualdade e, portanto, incerteza do resultado do resultado final da competição (como foi alegado pelas partes contrárias), pois nada impede que os times com maior poder aquisitivo contratem os melhores jogadores. Dessa forma, o TJCE decidiu acatar as reivindicações do atleta e afastar a legislação desportiva.

O argumento esportivo reunia na igualdade de oportunidades e na incerteza do resultado sua grande força. Tal perspectiva foi afastada pelo

TJCE, que justificou a aplicação do Tratado porque a legislação esportiva feria dois preceitos de característica constitucional: a liberdade e a nacionalidade. A função do TJCE é fundamental: permite que as ordens estatais não sejam silenciadas pela *lex sportiva*. O Tribunal Europeu exerceu função transconstitucional ao transferir a ideia de nacionalidade para o âmbito europeu, rejeitando as previsões legais desportivas. Além disso, a liberdade de circulação dos trabalhadores e a liberdade de concorrência também terão papel importante, pois influirão também nas ordens estatais que estão fora do contexto europeu. Como exemplo, tem-se a Lei 9.615/98, conhecida popularmente como “Lei Pelé”, que pertence ao ordenamento brasileiro e que tem como principal objetivo instituir o “passe livre”, ou seja, após o fim do contrato entre clube e jogador, este último estará livre para firmar contrato com qualquer outro time que esteja interessado em seus serviços.

O caso Bosman suprimiu as regras declaradas contrárias ao direito comunitário pela Corte. A UEFA abriu mão de suas cláusulas de nacionalidade e de restrição a jogadores estrangeiros. Neste último caso, alguns países possuem leis que restringem o número de jogadores estrangeiros, exceto os comunitários⁶⁴. No plano transnacional referente a outros esportes, a FIBA (Federação Internacional de Basquete) aprendeu com a decisão e autorizou a livre circulação dos jogadores no mundo inteiro⁶⁵. Todavia, por mais que os efeitos jurídicos da decisão do caso Bosman tenham trazido aspectos positivos nas mais diferentes ordens jurídicas⁶⁶, cabe ressaltar um perigo aparente: o direito comunitário europeu, limitado ao seu número de países, pode atuar de forma imperial em todas as FN's⁶⁷, inclusive nas que se encontram fora da Europa, negando a autonomia da ordem desportiva. Esse risco é, ainda, aparente, pois a ordem europeia admite a autonomia da *lex sportiva*.

A decisão C-51/96 e C-191/97, de 11 de abril de 2000 – Christelle Deliège c/ Liga Francófona de Judô e disciplinas associadas (LFJ), Liga belga de judô (LBJ), União Europeia de Judô e François Pacquéé (Presidente da LBJ) –, relata o conflito entre, de um lado, as regras esportivas que preveem quotas nacionais nos processos de seleção das FN's para a participação de torneios internacionais e, de outro, as regras da Comunidade Europeia da livre prestação de serviços e de concorrência aplicáveis às empresas. A atleta argumentava que as regras desportivas que limitavam o número de atletas por nação e as que impunham a necessidade de autorização federal para a participação em competições individuais constituíam entraves ao livre exercício de uma prestação de serviço de caráter econômico e à liberdade profissional. As instituições desportivas discordavam da atleta ao expressarem que não havia entraves econômicos em suas regras, mas sim entraves objetivos que visavam à participação do atleta com melhor performance.

Reconhecendo a importância social do esporte, o TJCE recordou que as disposições do Tratado, no que tange à matéria da livre circulação de pessoas, não se opõem a regulamentações ou práticas que excluam os jogadores estrangeiros da participação de encontros desportivos, desde que não sejam por motivos econômicos, senão por razões inerentes

à natureza e ao contexto específico destes encontros, interessando exclusivamente ao esporte. Dessa forma, as regras de seleção não impedem o acesso ao mercado de trabalho de atletas profissionais, assim como não limita o número de atletas de outros países europeus membros da comunidade em participar da competição. O Tribunal conclui que, embora as regras de seleção tenham por efeito limitar o número de participantes num torneio, isso é da lógica das competições desportivas internacionais, exigindo critérios específicos de seleção. Portanto, tais regras são justificáveis ante a restrição à livre prestação de serviços proibida pelo Tratado.

Quando o assunto é doping, o TJCE respeita a autonomia das decisões da *lex sportiva*, conforme sentença C-519/04 P, de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de julho de 2006, dos atletas David Meca-Medina e Igor Majcen. O Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso destinado a obter a anulação da decisão da Comissão das Comunidades Europeias. Esta rejeitou a denúncia apresentada contra o COI e a FINA em que se questionavam certas práticas relativas ao controle antidoping. Para os recorrentes, essas práticas iriam de encontro às regras comunitárias de concorrência e de livre prestação de serviços. Em decisão, o Tribunal afirmou que a regulamentação antidoping tem por objetivo a lealdade, integridade, eticidade e objetividade da competição desportiva e a igualdade de oportunidades dos atletas em competir. O Tribunal afirmou que a limitação à concorrência é inerente ao bom desenvolvimento da competição esportiva. O caráter repressivo da regulamentação antidoping produz efeitos negativos na concorrência, quando “as sanções se revelem infundadas”, podendo “levar à exclusão injustificada do atleta das competições e, como tal, falsear as condições do exercício da atividade em causa”. Portanto, as regras antidoping devem “limitar-se ao necessário para assegurar o bom desenrolar da competição”. Como não ficou provado o caráter desproporcional da regulamentação antidoping, o Tribunal rejeitou o recurso.

Os casos mencionados denunciam “uma confluência de problemas transconstitucionais complexos”, implicando, muitas vezes, na “contenção de órgãos estatais competentes e na expansão da competência e atuação de órgãos supranacionais e transnacionais em torno de questões direta ou indiretamente constitucionais”⁶⁸. Os institutos europeus da “livre circulação de trabalhadores, sem discriminação de nacionalidade”, da “proibição de medidas que impeçam a liberdade de concorrência” e da “proibição de medidas que explorem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum” se sobrepõem à *lex sportiva*; exceto em ocasiões nas quais as regras inerentes da ordem desportiva possam vir a limitá-las. Mais do que uma contenção da ordem supranacional, tal afirmativa revela uma postura que possibilita um entrelaçamento construtivo com a *lex sportiva*. Assim, partindo da percepção do TJCE sobre o problema da liberdade, o TAS irá se manifestar para a solução de caso específico, como na decisão do caso n° TAS 2004/A/708, de 11 de março de 2005 – Jogador X c/ FIFA e clube Z⁶⁹, cujos árbitros também afirmaram:

[As limitações] à resilição unilateral do contrato de trabalho pode constituir um entrave à liberdade de circulação dos jogadores, mas esse entrave pode ser justificado por um objetivo legítimo reconhecido pelo TJCE no caso Lehtonen – assegurar a estabilidade das equipes a fim de garantir a regularidade das competições e a integridade do campeonato. (Grifamos).

O importante dessa decisão é a forma como se entrelaçou com a ordem supranacional. A ordem desportiva não buscou dar uma “última palavra” quando envolvida num problema constitucional da liberdade. Tentou buscar o diálogo com o TJCE, colocando este em sua periferia, o que fez emergir uma “fertilização constitucional cruzada”⁷⁰. Em torno de um problema constitucional comum, foi reforçada a aplicação do princípio da igualdade. Observa-se que ambas as ordens lidaram com “problemas substantivos e institucionais comuns”⁷¹, aprendendo “uns com os outros a partir de suas experiências e razões” e cooperando “diretamente para resolver disputas específicas”⁷². Essa cooperação só conseguiu se realizar porque foram reduzidas as assimetrias entre ordens⁷³, mesmo que em casos determinados, para que se pudesse levar em consideração um diferente modo de pensar e agir sobre o mesmo problema. Situações como essas apresentam o transconstitucionalismo como uma interessante contribuição para integrar as ordens, em princípio fragmentadas, “sem que leve a uma unidade hierárquica última”⁷⁴.

CONCLUSÃO

Foi possível notar que a estrutura desportiva controla seus atores a partir de uma rede complexa em que todos terminam sob o interesse direto ou indireto das competições desportivas. Da mesma maneira, ficou evidente que as fundamentações de determinadas decisões desportivas se alimentam de um aporte constitucional. Diante disso, a *lex sportiva* tem se afirmado autônoma a partir do princípio da igualdade, ao mesmo tempo em que ressignifica ideias do direito internacional, especialmente aquelas que se referem a direitos humanos.

Entretanto, sua afirmação de autonomia encontra limites quando confrontada com a ordem supranacional, onde não há localidade específica como nas ordens nacionais. A ordem supranacional impõe uma forma de aprendizado constitucional à ordem desportiva, que, ao mesmo tempo, não perde o reconhecimento da validade de suas decisões, em especial quando a Corte Europeia se autolimita diante de um assunto considerado exclusivamente desportivo. Tal entrelaçamento mostra as possibilidades de reconhecimento da alteridade, principalmente, na citação mútua entre ordens.

Este parece ser o primeiro passo para uma melhor integração do sistema jurídico diante de problemas jurídicos globais. Ou seja, diante da fragmentação na figura das ordens jurídicas, não se pensa uma estrutura mundial que não enxergue as peculiaridades de cada ordem, mas uma

possibilidade de diálogo afirmando que o “outro” possui uma autonomia. Outros problemas ainda merecerão maiores discussões diante de fenômenos como esse. Isto é, como o direito vai lidar com os problemas clássicos da soberania, da cidadania e da nacionalidade sem territorialidade. Creio que o transconstitucionalismo pode ser uma solução integradora.

>> NOTAS

- ¹ Latty, 2007: 85 e 125-8.
- ² Simon, 1990: 35 e 109-15.
- ³ Regra 15.4 da Carta Olímpica.
- ⁴ Ettinger, 1992: 108-9
- ⁵ Latty, 2007: 438-9.
- ⁶ Cf. Chappelet/Kubler-Mabbott, 2008: 132-6.
- ⁷ Artigo 6º e incisos do Estatuto da AMA; Artigo 2º da Declaração de Copenhague; Chappelet/Kubler-Mabbott, 2008 : 136-42.
- ⁸ Luhmann, 2005: 359-60: O termo “diferenciação interna” é entendido como a “forma pela qual as relações entre os sistemas parciais (subsistemas) expressam a ordem do sistema total”, , também expressando tudo aquilo que pertence ao sistema e que é seu entorno.
- ⁹ Cf. Neves, 2008: 191.
- ¹⁰ Luhmann, 1983: 109; Teubner, 2003: 22
- ¹¹ Carvalho, 2006: 54-61.
- ¹² Neves, 2007: 43.
- ¹³ *Ibidem*: 45.
- ¹⁴ *Ibidem*: 45.
- ¹⁵ Neves, 2009: XXI
- ¹⁶ *Ibidem*.
- ¹⁷ *Ibidem*: 37-8.
- ¹⁸ *Ibidem*: 39.
- ¹⁹ *Ibidem*: 62
- ²⁰ *Ibidem*: 62.
- ²¹ *Ibidem*: 115.
- ²² *Ibidem*: 115-6.
- ²³ *Ibidem*: 116-7.
- ²⁴ *Ibidem*: 117.
- ²⁵ *Ibidem*: 117-8.
- ²⁶ *Ibidem*: 118.
- ²⁷ *Ibidem*.
- ²⁸ *Ibidem*.
- ²⁹ *Ibidem*: 119.
- ³⁰ *Ibidem*: 120.
- ³¹ *Ibidem*.
- ³² *Ibidem*: 121.
- ³³ *Ibidem*: 126.
- ³⁴ *Ibidem*.
- ³⁵ *Ibidem*: 130.
- ³⁶ *Ibidem*: 129.
- ³⁷ *Ibidem*.
- ³⁸ *Ibidem*: 130.
- ³⁹ *Ibidem*: 270.
- ⁴⁰ *Ibidem*: 271.
- ⁴¹ *Ibidem*: 272.
- ⁴² *Ibidem*: 272.
- ⁴³ *Ibidem*: 276.

- ⁴⁴ *Ibidem*: 275.
- ⁴⁵ Neves, 2008: 170.
- ⁴⁶ *Ibidem*.
- ⁴⁷ *Ibidem*: 171.
- ⁴⁸ Extratos e comentários da sentença nº TAS 2010/A/2311 & 2312, TAS 2010/A/2268 e TAS 2010/A/2307 em Latty, 2012: 665-8.
- ⁴⁹ “A” e “B” são partes não identificadas no processo. Em alguns casos, o tribunal suíço e o TAS mantêm o sigilo sobre os litigantes.
- ⁵⁰ Neves, 2009: 206.
- ⁵¹ Latty, 2007: 423-24.
- ⁵² Sentença de 17 de maio, da Corte de apelação, 6º Circuito, com extratos e comentários de Bitting, 2008: 660-62.
- ⁵³ Neves, 2008: 169.
- ⁵⁴ JDI, 2008: 234-58, com extratos e comentários de Éric Loquin; e de Neves, 2009: 198-201.
- ⁵⁵ JDI, 2008: 236.
- ⁵⁶ *Ibidem*: 233 e 242; Neves, 2009: 199.
- ⁵⁷ *Ibidem*: 234; Neves, 2009: 199.
- ⁵⁸ JDI, 2009: 218-39, com extratos e comentários de Éric Loquin.
- ⁵⁹ Neves, 2009: 200-01.
- ⁶⁰ *Ibidem*: 244.
- ⁶¹ *Ibidem*.
- ⁶² Extratos e comentário em Parrish, 2003: 92-8.
- ⁶³ Parrish, 2003: 94.
- ⁶⁴ Latty, 2007: 723.
- ⁶⁵ *Ibidem*: 728-9.
- ⁶⁶ Cf. Latty, 2007: 730.
- ⁶⁷ Cf. Latty, 2007: 729.
- ⁶⁸ Neves, 2009: 245.
- ⁶⁹ JDI, 2005: 1329-37, com extratos e comentários de Éric Loquin.
- ⁷⁰ Neves, 2009: 119, citando Slaughter, 2003: 194.
- ⁷¹ Slaughter, 2003: 193.
- ⁷² *Ibidem*.
- ⁷³ Neves, 2009: 286.
- ⁷⁴ *Ibidem*: 288.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bitting, Melissa R. (1998).** “Mandatory, Binding Arbitration for Olympic Athletes: Is the Process Better or Worse for Job Security”. *Florida State University Law Review*, volume 25, issue 3, 655-78.
- Carvalho, Paulo de Barros (2006).** *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva.
- Chappelet, Jean-Loup; Kubler-Mabbott, Brenda (2008).** *The International Olympic Committee and the Olympic System: the governance of world sport*. Routledge: Londres / Nova York.
- Ettinger, David (1992).** “The Legal Status of The International Olympic Committee”. *Pace Yearbook of International Law* 97, v. 4, 97-121.
- Latty, Franck.**
(2012). Extratos e comentários da sentença nº TAS 2010/A/2311 & 2312, TAS 2010/A/2268 et TAS 2010/A/2307, in “Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive” (dir.: Mathieu Maisonneuve), *Revue de l'arbitrage*, n. 3, 665-68. Disponível em: <http://www.franck-latty.fr/franck-latty/Accueil.html>. Acesso em 07/01/2012.
(2007). *La lex sportiva: recherche sur le droit transnational*. Leiden: Nijhoff.
- Luhmann, Niklas.**
(2005). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
(1983). *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Mendes, Rodrigo Octávio Broglia (2010).** *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*. São Paulo: Quartier Latin.
- Neves, Marcelo.**
(2008). *Entre Tênis e Levitã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes.
(2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
(2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- Parrish, Richard (2003).** *Sports and policy in the European Union*. Manchester: Manchester University Press.
- Slaughter, Anne-Marie (2003).** “Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, MA: Publications Center – Harvard Law School, 191-219.
- Teubner, Gunther (2003).** “A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. *Impulso* v. 14, n. 33, Piracicaba, 9-31.

DECISÕES JURÍDICAS

- BGE 133 III 235 – Cañas c/ ATP Tour e Tribunal Arbitral do Esporte.
C-415/93 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), do caso Union royale belge des sociétés de football association ASBL e outros c/ Jean-Marc Bosman e outros.
C-51/96 e C-191/97, de 11 de abril de 2000 – Christelle Deliège c/ Liga francófona de judô e disciplinas associadas (LFJ), Liga belga de judô (LBJ), União europeia de judô e François Pacqué (Presidente da LBJ).
C-519/04 P, de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de julho de 2006, dos atletas David Meca-Medina e Igor Majcen.
- Hascher, Dominique / Loquin, Eric.** “Tribunal Arbitral du Sport: Chronique des sentences arbitrales”. *Journal du Droit International Clunet*, nº 1/2009. Paris : LexisNexis/JurisClasseur, 217-331.

- Loquin, Eric.** “Tribunal Arbitral du Sport: Chronique des sentences arbitrales”. *Journal du Droit International Clunet*, n° 1/2008. Paris: LexisNexis/JurisClasseur, 233-309.
- Sentença n° 2006/A/1119, de 10 de dezembro de 2006 – União Ciclista Internacional (UCI) c/ L. e Real Federação Espanhola de Ciclismo (RFEC), 234-258, com extratos e comentários de Éric Loquin; e de Neves, 2009, 198-201.
- Sentença n° 2007/O/1381 – 23 de novembro de 2007 – Real Federação espanhola de Ciclismo & V. c/ União ciclista internacional (UCI), com extratos e comentários de Éric Loquin, 218-39.
- Sentença n° 2008/A/1480, de 16 de maio de 2008 – Pistorius c/ IAAF.
- Sentença n° 2008/A/1572; 2008/A/1632; 2008/A/1659, de 13 de novembro de 2009 – Gusmão c/ FINA.
- Tribunal Arbitral do Esporte. Disponíveis em: <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/search/advanced.aspx>. Acesso: 07/10/2010.
- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Disponíveis em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. Acesso em 08/10/2010.
- Tribunal Federal Suíço. Disponíveis em: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>. Acesso em 18/09/2010.

DISPOSITIVOS LEGAIS

- Constituição Suíça (1999). Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/101/>. Acesso em 17/09/2010.
- Wada. Disponível em: <http://www.wada-ama.org/en/About-WADA/Governance>. Acesso em 17/09/2010.

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA
// CASE NOTES AND COMMENTARIES

**A ARQUITETURA DE UMA AÇÃO
EM TRÊS ATOS – ANENCEFALIA
NO STF // THE ARCHITECTURE OF A
CONSTITUTIONAL CASE IN THREE ACTS
– ANENCEPHALY AT THE BRAZILIAN
SUPREME COURT**

Debora Diniz

>> RESUMO // ABSTRACT

Este artigo descreve o percurso político e argumentativo que acompanhou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/2004 no Supremo Tribunal Federal. Meu objetivo é demonstrar como o sucesso da ADPF resultou de ações políticas, jurídicas e acadêmicas coordenadas. Por meio de um relato documental e biográfico, reconstruo o percurso da ação em três atos históricos (murmúrio, anúncio e espetáculo) que antecederam a cena do julgamento final, em abril de 2012. // This paper describes the analytical and political itinerary of the anencephaly case at the Brazilian Supreme Court. My aim is to demonstrate how that case was based on a sharpened combination of political, juridical and academic actions. Inspired by a documental and biographical narrative, I rebuild the anencephaly case itinerary in three historical acts (murmur, announcement and spectacle), which have preceded the final judgment by the Supreme Court in 2012.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Aborto; Anencefalia; Antecipação Terapêutica do Parto; ADPF 54; Supremo Tribunal Federal. // Abortion; Anencephaly; Therapeutic Anticipation of Delivery; ADPF 54; Brazilian Supreme Court.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. // Professor at the University of Brasília and researcher at Anis – Institute of Bioethics, Human Rights and Gender. The translation was done by Maria-Fatima dos Santos and review by Sinara Gumieri.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Este é um texto contado em primeira pessoa. A história, porém, é feita por uma multiplicidade de personagens e discursos – ora em conflito, ora em sintonia. Assim foi o percurso da ação de anencefalia desde o momento em que passei a fazer parte dele, em meados dos anos 1990. Alguns dos parceiros-chave foram aqui citados como fontes, mas também foram os primeiros a ler este manuscrito. A eles, agradeço a generosidade com que revisaram datas, fatos e créditos: Fabiana Paranhos (coautora do *Habeas Corpus* 84.025-6/STF); Thomaz Rafael Gollop (médico, autor de dezenas de laudos médicos para a judicialização da anencefalia em São Paulo nos anos 1990); e Diaulas Ribeiro (promotor de justiça e criador do primeiro sistema coordenado entre o Ministério Público e o SUS para a antecipação terapêutica do parto, sem intervenção do Poder Judiciário). Sou inteiramente responsável pelas escolhas aqui feitas e peço desculpas pelas omissões injustas que certamente realizei ao reduzir uma história de vinte e quatro anos desde a primeira sentença em poucas páginas. Esta história é dedicada ao médico Jorge Andalaft

Neto, que faleceu sem ter conhecido o desfecho da causa que tanto acreditou ser justa. // This text is written in the first person. However, the story is made of a multitude of characters and discourses, sometimes in conflict, sometimes in agreement with one another. This was the course of the anencephaly case since the moment I became a part of it in the middle of the 1990s. Some of my key partners have been cited here as sources, but they were also the first to read this manuscript. I sincerely thank them for all of their generosity in revising dates, facts and credits: Fabiana Paranhos (co-author of the *Habeas Corpus* 84.025-6/STF); Thomaz Rafael Gollop (physician, author of dozens of expert medical reports during the litigation process regarding anencephaly in São Paulo in the 1990s); and Diaulas Ribeiro (legal prosecutor and founder of the first coordinated system between the Public Ministry and SUS for therapeutic anticipation of delivery, without any judiciary intervention). I am entirely responsible for the choices made in this text and I apologize for any unjust omissions that certainly occurred in my reduction of a history of 24 years since the first sentence into only a few pages. This story is dedicated to physician Jorge Andalaft Neto, who passed away before having the opportunity to see the conclusion of a cause that he so profoundly believed to be just.

A ARQUITETURA DE UMA AÇÃO EM TRÊS ATOS – ANENCEFALIA NO STF

ATO 1

MURMÚRIO

Continuidades e rupturas marcam a história de uma ação judicial. Há um senso de descoberta arqueológica ao se enunciar um indício como o marco da ruptura. A história da jurisprudência prévia à ação de anencefalia no Supremo Tribunal Federal (STF) teria a sua própria ruptura. Em 1989, o juiz Jurandir Rodrigues Brito, de Ariquemes, município de Rondônia, teria emitido o primeiro alvará favorável a uma mulher grávida de um feto com anencefalia para que interrompesse a gestação.^{1,2} Os que rejeitam histórias por rupturas e preferem não nominar indivíduos como protagonistas de uma causa reconhecem nos anos 1980 um período de efervescência, com a popularização das técnicas de diagnóstico fetal por imagens; sem elas, a anencefalia somente seria conhecida após o parto. Com a nova tecnologia, a jurisprudência teria sido uma consequência natural do acesso ao diagnóstico ainda na fase gestacional – o que, de fato, ocorreu nos anos 1980.³ Nessa outra história, Ariquemes voltaria a ser apenas um registro estatístico e não mais uma ruptura.

Foi preciso que médicos e mulheres passassem dos consultórios às cortes locais para pôr o sistema jurídico em movimento. Não sabemos quantas mulheres receberam o diagnóstico de anencefalia fetal nas duas décadas que antecederam a chegada do caso ao STF.⁴ Tampouco sabemos quantas buscaram alternativas à loteria da natureza nas cortes e, menos ainda, quantas foram ouvidas ou esquecidas pelos tribunais. O tempo da gestação mostrava-se mais curto que o tempo da engrenagem médica e jurídica: entre o diagnóstico, o pedido judicial e a sentença poderiam se passar dias ou anos. Em início dos anos 2000, o universo de 3.000 casos foi assumido como magnitude oficial da jurisprudência, mas mesmo os autores da estimativa tinham consciência dos limites de qualquer projeção populacional.⁵ Houve silenciosas e repetidas rupturas – primeiro à beira do leito entre mulheres e médicos, depois nos corredores dos tribunais entre mulheres e julgadores – para que o caso alcançasse o STF.

Se o alvará de Rondônia foi mesmo o precursor dessa história no país, esse me parece um sinal de como a mudança se iniciou pelas margens. Não foi um gesto revolucionário, mas existencial e singular de mulheres, médicos e julgadores. Foi pelo movimento singular da vivência da duplicidade na unidade – corporificado em cada mulher de uma maneira também singular – que o diagnóstico da anencefalia migrou das clínicas para as cortes.⁶ O gesto marginal e tentativo de cada decisão está marcado no texto que caracterizou diferentes momentos da história da anencefalia no Brasil – de aborto eugênico de início dos anos 1990 até aborto seletivo de finais da década e antecipação terapêutica do parto após 2004.⁷ As primeiras decisões se repetiam quanto à forma e ao conteúdo: laudos médicos, imagens ecográficas e sentenças breves. Alguns julgadores expressavam

suas inquietações, desnudavam suas crenças religiosas ou convicções metafísicas sobre o início da vida, lançavam-se como parte do conflito existencial das mulheres.⁸

A análise de algumas dezenas de alvarás nos anos 1990 sugeria uma circulação das histórias de sucesso: Rondônia desapareceu do cenário e São Paulo passou a concentrar casos e estratégias.⁹ Mas os personagens para o direito em movimento não foram os julgadores ou os atuais tribunais informatizados, e sim médicos geneticistas ou especialistas em medicina fetal – um grupo seletivo de profissionais que se confrontavam com o que ficou conhecido como “o descompasso entre o avanço da ciência e a lei”.¹⁰ A linguagem, no entanto, era insuficiente e traidora tanto para os médicos quanto para os operadores do direito. O uso do conceito “aborto eugênico” trazia consigo uma sombra histórica inaceitável e provocaria ruídos nos capítulos seguintes do percurso político da ação no STF. Se, para a medicina fetal ou a genética, “eugenia” poderia ser um termo rejuvenescido com o Projeto Genoma Humano e se, para o direito penal, era um termo já corrente nos manuais escolares, não foi assim que o mesmo conceito foi recepcionado pelos defensores da tese da “ladeira escorregadia” logo após a propositura da ADPF.¹¹

A hipótese da “ladeira escorregadia” na bioética tem seu equivalente jurídico na criminologia pela tese da “janela quebrada”.¹² As metáforas da ladeira ou da janela são geografias do medo anunciadas pelas mudanças no campo moral – autorizar o aborto em caso de anencefalia seria lançar-se em uma ladeira sem freios, ou seja, outras condições patológicas ou estéticas do humano poderiam ser convertidas, de indesejadas, em moralmente incompatíveis com ideais de vida boa. O escorregadio denunciava corretamente o risco da discriminação injusta, mas também o pânico moral de que o caso fosse uma porta de entrada para a descriminalização do aborto. Foi assim que a hipótese eugênica acompanhou a história da anencefalia nas cortes – desde Rondônia até o STF. Mas médicos e julgadores preocupavam-se com os limites da inovação argumentativa, acuavam-se com o crescente movimento de pessoas com deficiência que se aproximava do debate e intimidavam-se com o que se tornou o principal argumento religioso contra a ação nos anos finais da tramitação no STF:¹³ autorizar o aborto de fetos anencefálicos seria um gesto eugênico do Estado brasileiro.¹⁴

A falácia *reductio ad Nazium* é parte da retórica comum de resistência ao avanço dos testes genéticos e procedimentos médicos de interrupção da gestação. Em países onde o aborto é legalizado, ou onde o aborto seletivo por má-formação é autorizado em um regime de exceção à penalização do aborto, a discussão sobre os limites entre o aceitável e o inaceitável no campo reprodutivo ganhou relevo em finais dos anos 1990. Esse foi também um período de forte consolidação do campo de estudos sobre deficiência, em particular nos Estados Unidos e no Reino Unido.¹⁵ Intelectuais e militantes, muitos deles sujeitos com impedimentos corporais, avançaram em uma ampliação da agenda política sobre formas de opressão ao corpo – racismo e sexismo expressariam mecanismos de segregação pela cor ou pelo sexo, mas algo semelhante ocorreria com a

deficiência.^{16,17} O modelo social da deficiência foi o que melhor representou essa tentativa de aproximar a deficiência de outras formas de discriminação, em uma intensa crítica à retórica medicalizante e individualizadora dos impedimentos corporais.

As primeiras ações judiciais sobre anencefalia no país não dialogaram diretamente com essa rica redefinição do corpo como um destino da natureza, mas o universo acadêmico reconheceu a necessidade de enfrentar a dupla agenda muito precocemente. Em 2003, uma seção temática da *Physis: Revista de Saúde Coletiva* traduziu um dos artigos mais inquietantes de crítica ao aborto seletivo em um marco laico de direitos humanos. Adrienne Asch, acadêmica feminista e cega, argumentava que o aborto seletivo não era só uma prática reprodutiva íntima de cada mulher, mas também um texto político: a mulher, ao decidir interromper uma gestação por razões de saúde fetal, enviaria uma mensagem negativa às pessoas com deficiência.^{18,19} O texto seria imaginário, mas repercutiria a discriminação vivida pelas pessoas com deficiência – o estigma de sentir-se um sujeito indesejável à vida social seria reafirmado pelas novas técnicas médicas de diagnóstico de má-formação fetal. A hipótese do “argumento manifesto” de Asch sobre o aborto seletivo foi objeto de severas críticas, em particular por seu caráter especulativo sobre como as pessoas com deficiência se relacionariam com as decisões íntimas e privadas das mulheres, mas principalmente por depositar nas mulheres uma responsabilidade sobre a discriminação contra sujeitos que se encontram no mundo, ao contrário do aborto, que envolveria células em desenvolvimento.²⁰

Assim, muito antes de o Brasil ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2008, o tema da deficiência e da discriminação aos deficientes acompanhou a construção acadêmica sobre a judicialização da anencefalia. Acredito, inclusive, que foi essa dupla sensibilidade inicial – aos direitos reprodutivos das mulheres e aos direitos de igualdade dos deficientes – que resultou na decisão por centrar a ADPF 54 em uma única má-formação fetal. A ação não foi sobre má-formações incompatíveis com a vida, cuja jurisprudência anterior à chegada do caso ao STF era ampla.²¹ Anencefalia era a má-formação com o maior registro de casos recuperados pelos estudos empíricos, mas não resumia o universo diagnóstico enfrentado por médicos e mulheres à beira do leito. A decisão por centrar a ação na anencefalia seguiu uma racionalidade médica, mas também pautou-se por uma sensibilidade moral ao tema do aborto no cenário político brasileiro. Essa sobreposição entre racionalidade médica e sensibilidade moral, por sua vez, facilitou a construção do argumento jurídico de que antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia não seria aborto, tal como tipificado pelo Código Penal – ou, nos termos de Alberto Silva Franco, “trata-se, portanto, de caso de pura atipia”.²²

A racionalidade médica era favorável à ação: lidava-se com uma má-formação incompatível com a vida; o laudo diagnóstico era feito por imagem, uma tecnologia já então disponível nos serviços públicos de saúde no Brasil; e não havia dissenso na literatura médica sobre o caráter

irreversível da anencefalia.²³ Essa certeza se refletiu nas sessões de audiências públicas em que as associações médicas e científicas atestaram a impossibilidade de sobrevida extrauterina do feto com anencefalia.²⁴ Em um tempo de argumentos por imagens, a chapa ecográfica de um feto anencéfalo com o achatamento craniano e a ausência de cérebro seria como um superlativo ao diagnóstico: dificultaria qualquer tentativa de aproximação com outras formas de singularidade corporal pela deficiência. A deficiência reclama o direito a estar no mundo livre de barreiras ou constrangimentos; a anencefalia é uma limitação fisiológica anterior a qualquer ato de discriminação simbólica sobre o corpo. A anencefalia é um consenso médico: não há sobrevida fetal após o parto, e é alto o índice de óbito intraútero ou durante o parto.^{25,26} Em termos médicos sensíveis à luta dos deficientes, a anencefalia não é descrita como uma deficiência, mas como uma má-formação fetal incompatível com a vida.

Mas havia também razões morais relacionadas ao simbolismo da anencefalia no imaginário coletivo sobre como se constrói a vida humana – o cérebro é um órgão fundante da humanidade, aqui entendida como a cultura compartilhada entre os membros da espécie.²⁷ Pessoas com ou sem impedimentos corporais compartilham a humanidade, seja pelas formas culturais de sociabilidade, seja por relações éticas de cuidado e interdependência. Mas, sem cérebro, não há sobrevida; não há como reclamar a humanidade simplesmente pelo pertencimento à espécie *Homo sapiens*. Assim, a discussão não foi sobre ideais de corpo perfeito ou sobre quais limites da singularidade individual seriam desejáveis, mas sobre a impossibilidade de sobrevida sem o órgão da humanidade. Ao menos na etapa inicial da propositura da ação ao STF, as digressões filosóficas, em particular as tensões utilitaristas,²⁸ foram reduzidas – somente em uma etapa intermediária do processo histórico é que discussões sobre o estatuto de pessoa emergiram como um argumento razoável para justificar a escolha médica e moral pela anencefalia ou para rejeitá-la integralmente.

Os murmúrios nas clínicas e nas cortes ganharam institucionalidade com o primeiro programa público de assistência às mulheres grávidas de fetos incompatíveis com a vida. A Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde – Pró-Vida, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), especializou-se em direito médico e bioética. Precocemente, o então promotor responsável, Diaulas Costa Ribeiro, identificou a questão da anencefalia como central para médicos e julgadores. A instabilidade das decisões caso a caso era inquietante tanto para os médicos quanto para as mulheres. A saída foi um ajuste de conduta realizado no ano 2000 entre o Hospital Materno-Infantil de Brasília (HMIB), centro de referência para a saúde materna e fetal no Distrito Federal, e a promotoria Pró-Vida – decisões do MPDFT declaravam não haver infração penal no ato médico de interrupção seletiva da gestação de feto anencéfalo. O protocolo para a autorização seguia o rito dos casos prévios de outras cortes: laudos médicos, imagens ecográficas e a voz da autoridade ministerial, no caso, o MPDFT. A iniciativa do Distrito Federal passou a ser uma referência no país e alguns estados buscaram replicá-la.

As decisões do MPDFT inauguram uma nova realidade jurídica e médica, ou ainda uma fissura na história que já durava mais de uma década desde a sentença de Ariquemes. Autorizada pelo hospital e pelas mulheres, passei a acompanhar as sessões médicas de exame ecográfico e diagnóstico.²⁹ As gestantes vinham dos centros periféricos de saúde com diagnóstico prévio de má-formação fetal, mas o HMIB se constituía como o centro de referência para o procedimento de interrupção da gestação. Acompanhei dezenas de mulheres que, silenciosas, ouviram a sentença da natureza e, solitárias ou com suas famílias, optaram pela antecipação do parto. Informada do percurso médico e judicial, a vasta maioria delas preferia o aborto à gravidez. Foi da escuta do processo decisório das mulheres que a expressão “antecipação terapêutica do parto” foi criada.³⁰ Tanto no hospital quanto no gabinete do promotor, as mulheres não se referiam ao procedimento médico como “aborto”, tal como descrito pela moral religiosa ou pela retórica penal e médica. Elas diziam “eu quero tirar; eu quero acabar com isso; eu quero antecipar o parto”.

Escutá-las atentamente foi o desfecho do que qualifico como o primeiro ato do percurso da ação de anencefalia antes de sua chegada ao STF. Para as mulheres, o aborto de um feto com anencefalia não se enquadrava no vocabulário corrente das práticas reprodutivas. Elas se viam diante de um novo dilema da existência – o diagnóstico da anencefalia surgia em um momento em que a gestação estava no início, porém em que as mulheres já haviam anunciado o projeto reprodutivo como parte de seus corpos e de suas histórias familiares e se sentiam, socialmente, futuras mães. A ecografia que apresentava o futuro filho como um natimorto as remetia ao simbolismo do dilema “berço e caixão”. Sem qualquer ímpeto político de confrontar a ordem punitiva, as mulheres se recusavam a descrever suas escolhas como “abortivas”. Era um ato íntimo de resistência. Elas desejavam antecipar o parto de um feto que, inevitavelmente, seria registrado precocemente por um atestado de óbito.

Foi assim que as decisões do MPDFT passaram a adotar o conceito de “antecipação terapêutica do parto” e que os médicos do HMIB passaram a descrever o procedimento médico, seus riscos e suas possibilidades como ATP. O novo nome não apenas revigorava a judicialização ou a prática clínica, mas também oferecia conforto às mulheres, aos médicos e aos julgadores. “ATP” não era um eufemismo para escapar à dureza penal do aborto. Se por eufemismo se entende o sentido dicionarizado do termo, “ato de suavizar a expressão duma ideia substituindo a palavra ou expressão própria por outra mais agradável, mais polida”,³¹ ATP era mais do que um ato polido – era uma provocação moral de que não há natureza no vocabulário. As palavras são parte de um léxico moral instituído, e a questão da anencefalia se recusava a ser descrita pela ordem vigente: “aborto eugênico”, “interrupção da gestação” ou, simplesmente, “aborto” eram insuficientes para descrever a experiência de dor e luto precoce vivida pelas mulheres. Elas antecipavam o parto de um feto sem cérebro que não sobreviveria fora do útero. Elas não eram mais a duplicidade na unidade do início da vivência reprodutiva.

ATO 2 ANÚNCIO

O segundo ato foi breve e seus marcos foram jurídicos: o primeiro *habeas corpus* sobre anencefalia a alcançar o STF e os meses seguintes à proposição da ADPF 54. Este é certamente o ato mais biográfico desta narrativa, onde minha história acadêmica e de militância se confunde à atuação da organização não governamental que levou ambos os casos ao STF, a Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. A Anis, em parceria com a Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero e a Agende – Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, foi coautora do *Habeas Corpus* 84.025 e participou da proposição da ADPF 54 com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Neste ato da história, a anencefalia deixou de ser um tema iniciático, reservado às mulheres e seus médicos, ou às poucas cortes que recebiam seus pedidos, e alcançou o cenário nacional. Houve um anúncio público de que um caso difícil chegara à suprema corte brasileira.

Em novembro de 2003, a Anis foi procurada pela promotora Soraya Taveira Gaya, de Teresópolis, cidade do interior do Rio de Janeiro, que participara de um caso de aborto de feto anencefálico. Um homem teria entrado em seu gabinete com a pergunta “a senhora já ouviu falar de anencefalia?” – a verdade é que ela, assim como outros julgadores, nunca havia enfrentado um caso semelhante.³² Esse homem era Petrônio Oliveira Júnior, marido de Gabriela Cordeiro dos Santos, grávida de quatro meses de um feto com anencefalia.³³ A promotora estava convencida do direito ao aborto de Gabriela, mas o juiz da Comarca de Teresópolis indeferiu o pedido. A promotora e a defensora pública do caso buscaram o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para derrubar a negativa do juiz de Teresópolis. A desembargadora Giselda Leitão autorizou o procedimento. Em 21 de novembro, três personagens apresentaram-se em defesa dos interesses do feto e lançaram-se contra Gabriela: após lerem a notícia da decisão na imprensa, dois advogados católicos do Rio de Janeiro e um cura do interior de Goiás contestaram a decisão.

A história de Gabriela não era apenas atravessada pela abstração da moral e da engrenagem jurídica, mas se movia do Rio de Janeiro para Brasília. O caso chegava ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Um pedido de *habeas corpus* fora julgado favorável ao feto em 17 de fevereiro de 2004. O *habeas corpus* não apenas invadia a intimidade de Gabriela, mas também tornava o debate mais nebuloso – como sustentar a razoabilidade ética e jurídica de um *habeas corpus* em favor de um feto? Tristemente, porém, o voto da Ministra Laurita Vaz, que inspirou o acórdão, citava o então Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles: “se ele está fisicamente deformado – por mais feio que possa parecer, isto jamais impedirá que a acolhida, o carinho, o amor flua à vida, que existe, e enquanto existir possa. Isso, graças a Deus, está além da ciência”.³⁴

Naquele momento, a atuação da Anis era antes acadêmica que de litígio judicial. Mas a decisão favorável ao pedido de *habeas corpus* para o feto pelo STJ abria um precedente argumentativo perigoso e movediço para o

segundo ato histórico ainda em construção. Foi assim que Fabiana Paranhos, Samantha Buglione e eu redigimos o *Habeas Corpus* 84.025/2004, em favor de Gabriela. Viajei para Teresópolis para apresentar nossa iniciativa à Gabriela. Ao localizá-la, a gravidez, que era de quatro meses quando o caso havia iniciado no tribunal local, já havia tido seu desfecho aos oito meses, com um parto prematuro e um atestado de óbito. Gabriela conheceu a filha, Maria Vida, durante sete minutos. Mas sua vida havia sofrido uma reviravolta desde a propositura do pedido à promotoria. Em uma entrevista à revista *Época*, a primeira reportagem que identificou a questão da anencefalia como promissora no debate político nacional, Gabriela contou como foi assediada por representantes da Igreja Católica para não abortar – “deram-lhe um terço e uma blusa com os dizeres: ‘eu amo a vida’. Disseram a Gabriela que seu corpo era a CTI (centro de terapia intensiva) do feto e que, enquanto a menina estivesse em seu ventre, mesmo sem cérebro, estaria bem”.³⁵

Com cópia do atestado de óbito de Maria Vida, retornei a Brasília no mesmo dia em que a corte se reunia para julgar o *Habeas Corpus* 84.025. O relator era o Ministro Joaquim Barbosa e já havia dois votos favoráveis ao pedido de aborto de Gabriela – dos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, os quais foram juntados aos autos.³⁶ Como um ato público de confissão, compartilho as inquietações que vivemos naquele momento – deixaríamos a votação seguir seu curso para a conquista de um resultado favorável a um caso concreto ou informariamos à corte sobre a “perda do objeto”? A opção foi pela transparência da atuação política: assim como Gabriela não foi um caso, mas uma mulher concreta, sua história não era um caso difícil a ser vencido por oportunidades. O atestado de óbito de Maria Vida foi acolhido, e o caso foi arquivado.³⁷ Um misto de inquietação e angústia passou a nos mover. Pela primeira vez, pensamos no STF como o espaço de solução para aquilo que o juiz de Arique- mes primeiro movimentou solitariamente na sobreposição entre hospitais e cortes.

O passo mais difícil era alcançar o STF. Poderíamos esperar novamente um caso concreto – mas havia várias dificuldades nesse percurso, sendo a mais importante delas que o tempo da gestação era mais breve que a engrenagem das cortes. Gabriela era um exemplo concreto da morosidade do sistema e dos limites temporais do que o sistema jurídico considera um “objeto” para o litígio. Em todos os anos anteriores de judicialização da anencefalia ou de outras más-formações fetais, Gabriela havia sido o primeiro caso a alcançar tribunais superiores. Além disso, havia o *habeas corpus* favorável ao feto emitido pelo STJ, ou seja, uma corte superior considerava possível atribuir o direito de “ir e vir” a um conjunto de células em desenvolvimento. Nós estávamos convencidas da legitimidade e adequação do argumento antropológico, ético e jurídico – antecipação terapêutica de parto não é aborto. No entanto, precisávamos de uma estratégia para alcançar a corte suprema e de uma moldura jurídica para nos comunicar com ela. E igualmente importante: precisávamos de um tradutor constitucional que o STF reconhecesse como legítimo para uma tese tão inquietante à ordem jurídica e moral.

Em março de 2004, realizou-se uma reunião com especialistas jurídicos em Brasília, promovida pela Anis e pela Pró-Vida. A ideia de uma ADPF foi anunciada pela primeira vez – o Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento, não apenas desenhava a engrenagem jurídica para alcançarmos o STF como também resumiu em um personagem a possibilidade de representá-la: o então advogado constitucionalista Luis Roberto Barroso, hoje ministro do STF. No mesmo mês, estive no escritório do professor Barroso para lhe apresentar a ideia, o argumento e o pedido de atuação *pro bono*.³⁸ O acolhimento foi imediato, mas havia um pré-requisito: era preciso que uma entidade com legitimidade jurídica fosse a autora da ação. A Anis não poderia ser reconhecida; teríamos de percorrer as nove instituições reconhecidas pela Constituição Federal como legítimas.³⁹ Como um instantâneo do passado, recordo-me da folha impressa que recebi: ali estavam as entidades já aceitas até então pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI). “Quem sabe alguma delas aceitaria a ação de anencefalia proposta pela Anis?” foi a pergunta que o professor Barroso me fez.

Como um recordatório da angústia, a primeira entidade da lista era a Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce). A lista seguia uma lógica antes de entidades defensoras de interesses patrimoniais que alcançaram o STF que defensoras de direitos fundamentais para uma causa como a que buscávamos propor. Mas ali estava a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), uma confederação sindical criada em 21 de dezembro de 1991, que contava com mais de um milhão de associados.^{40,41} Trabalhadores na saúde era um conceito amplo e genérico para o que no passado seriam descritos como os proletários da saúde – técnicos em enfermagem, técnicos em radiologia, auxiliares de higiene e limpeza, auxiliares de lavanderia, empregados de cooperativas médicas, técnicos e auxiliares de laboratório, carregadores de maca, motoristas de ambulância, auxiliares de enfermagem ou técnicos administrativos de instituições de saúde, servidores do SUS, auxiliares em consultórios médicos e odontológicos, servidores e empregados em casas e postos de saúde, entre outros. Dos arredores do escritório do professor Barroso, telefonei para um dos membros da diretoria da CNTS, José Caetano Rodrigues, e propus uma reunião sobre uma possível ação judicial do interesse dos trabalhadores em saúde. O tema aborto não foi mencionado.

Na semana seguinte, saíamos de uma reunião com a diretoria da CNTS com o acordo – sim, a entidade participaria, mas era preciso conversar com os federados regionalmente; fariamos uma caravana com as entidades locais para que a ação fosse construída em parceria com as bases da confederação sindical. Novamente, além da participação de dezenas de parceiros da Anis pelo país, Daniel Sarmiento e Dafne Horovitz foram fundamentais para as conversas locais sobre os detalhes jurídicos e médicos da ação. Como em qualquer movimento sindical, a construção era participativa – apresentávamos a proposta, mas ouvíamos dos federados suas posições e inquietações. Em todas as regionais, a tese “antecipação terapêutica do parto não é aborto” foi acolhida, e foi assumido o compromisso de que a ação iria proteger os profissionais de saúde do risco de

punição pela prática indevida do aborto. Em menos de três meses, a CNTS assinava a petição inicial, desenhada pela equipe do professor Barroso. A ADPF 54 foi apresentada ao STF no dia 17 de junho de 2004. A CNTS era a autora da ação e a Anis solicitava o pedido de participação como *amicus curiae* na inicial. A participação da Anis nunca foi recusada, ao contrário de outros pedidos indeferidos pelo ministro relator, como foi o caso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Até a propositura da ADPF 54, poucos jornalistas tinham os olhos voltados para o que ocorria nos tribunais ou nos hospitais sobre a anencefalia. Eliane Brum, Laura Capriglione e Simone Iwasso eram vozes solitárias na imprensa nacional.⁴² O tema ainda circulava por murmúrios. A mudança foi drástica no dia 1º de julho de 2004: o ministro relator concedeu uma liminar monocrática favorável ao pedido. Era uma nova fissura jurídica não apenas na causa, mas no sistema constitucional: uma liminar sobre aborto, cujo instrumento era uma arguição constitucional. O tema passou a ocupar a imprensa nacional de maneira estrondosa: “STF libera aborto de feto sem cérebro” (*Folha de S. Paulo*, 2 de julho de 2004); “A favor do aborto – e da vida” (*Veja*, 14 de julho de 2004); “Liminar autoriza aborto em caso de anencefalia” (*O Estado de S. Paulo*, 2 de julho de 2004); “STF autoriza interrupção de gestação de feto sem cérebro” (*O Globo*, 2 de julho de 2004); “O fim da tortura nos tribunais” (*Época*, 5 de fevereiro de 2004).⁴³ Organizações sociais e religiosas contrárias à causa também passaram a se mobilizar com semelhante intensidade. Era um caso difícil para o *ethos* jurídico brasileiro, mas era também um evento inquietante para a ideia vigente de democracia legislativa – talvez, um indicio do lugar que o STF ocuparia em matéria de direitos fundamentais.

O dia seguinte à concessão da liminar era recesso do STF, um silêncio justificado pelo calendário da corte, mas estratégico para uma mudança na geografia do poder – caberia ao Ministério da Saúde (MS) regulamentar o que a corte havia acabado de autorizar. O MS anunciou que o SUS tinha condições de realizar o diagnóstico por imagem, ao contrário do que especulava a imprensa sobre a ineficiência do sistema para responder à decisão da corte.⁴⁴ Outro passo fundamental seria dado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), com a Resolução 1.752/2004, um texto que regulamentava a retirada de órgãos de fetos anencefálicos para transplante.⁴⁵ Por um lado, a resolução sugeria um caráter conservador e de resistência ao debate jurídico – a possibilidade médica de manter a gestação para a doação de órgãos –, mas a delicadeza da mensagem era também outra. Anencéfalo era “natimorto cerebral” e o procedimento médico alternativo ao parto para a doação de órgãos era “antecipação terapêutica do parto”. Se até aquele momento ATP era um neologismo jurídico, a voz do CFM lhe deu uma legitimidade médica, antes mesmo de seu reconhecimento pelos manuais de ginecologia ou obstetria.

Da mesma forma, a participação dos movimentos de mulheres e, em particular, da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, entidade de abrangência nacional que congrega os movimentos de mulheres, feministas e antirracismo, foi fundamental para a articulação política com grupos da sociedade civil – a tese de

que “obrigar uma mulher a se manter grávida contra a sua vontade de um feto anencefálico seria um ato de tortura do Estado” ganhou força entre as vozes feministas.⁴⁶ Representativo desse amplo movimento de articulação social foi a campanha iniciada pela Cepia – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação, organização feminista sediada em São Paulo, e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Foram distribuídos *outdoors* nas grandes cidades com a imagem de uma mulher em intenso sofrimento para o parto. Os médicos vestiam roupas e luvas pretas. O ar era solene e de luto. Os dizeres eram tão fortes quanto a imagem: “quando o parto é de um anencéfalo, o resultado não é uma certidão de nascimento. É um atestado de óbito”.⁴⁷

Em 20 de outubro de 2004, foi convocado o julgamento sobre o mérito da ação. Por uma racionalidade procedimental, mas também estratégica daqueles contrários à ação, a agenda sofreu uma reviravolta durante o julgamento – a pergunta não seria mais sobre a tese lançada na inicial, mas sobre a pertinência de manter uma liminar se nem mesmo o instrumento jurídico utilizado (ADPF) havia sido objeto de avaliação pela corte. Em um julgamento tenso e com ramificações para questões amplas da democracia brasileira, como a laicidade do Estado, a liminar de anencefalia foi cassada.⁴⁸ Não houve julgamento de mérito, mas uma pausa de sete anos para que a ação seguisse em ritmo lento: julgamento do cabimento da ADPF, outras ações correlatas, como foi o caso da ADI 3410/2005, de células-tronco, audiências públicas e mérito. No texto que resumia a cassação da liminar, o então presidente da corte, Ministro Nelson Jobim, deferiu que “o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à *operação* terapêutica de parto de fetos anencefálicos”.⁴⁹ “Aborto”, “antecipação terapêutica do parto” ou “operação terapêutica do parto”: os termos acenavam para a confusão moral e jurídica em cena, mas também devolviam às mulheres a tarefa de resistir solitariamente até que a corte tomasse para si o tema como de direitos fundamentais.

ATO 3 ESPETÁCULO

A cassação da liminar reinventou a instabilidade jurídica e política: médicos e julgadores distantes da engrenagem da suprema corte não sabiam ao certo o que o tribunal havia decidido. Era como se a notícia circulasse por fragmentos: o poder simbólico e normativo do STF fragilmente se comunicava com julgadores e defensores de cada município brasileiro. Menos ainda com os hospitais. Foi exatamente o que ocorreu com Severina Leônico da Silva, uma agricultora pobre e analfabeta de 26 anos, cuja vida foi definitivamente marcada pela controvérsia procedimental da corte. Na mesma tarde em que o tribunal cassou a liminar, Severina aguardava em um hospital público de Recife para realizar a antecipação do parto. À noite, médicos do hospital assistiram à notícia da cassação pelos telejornais e, convencidos de que “o juiz não libera mais, de maneira alguma”,⁵⁰ mandaram Severina de volta para o sítio em que vivia em Chã-Grande,

município de Pernambuco. Severina deu nome e biografia ao que antes era uma arguição jurídica. A abstração da corte ganhava corpo e dor nas entranhas de Severina, então grávida de quatro meses.

Durante o julgamento que cassou a liminar, o Ministro Cezar Peluzo, que viria a presidir a decisão final sete anos depois, se inquietava por não conhecer as mulheres sobre as quais a ação abstrata se referia e especulava que “o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana.”⁵¹ Provocadas pela dúvida de Peluzo sobre “quem são essas mulheres?”, a Anis saiu à procura de suas histórias nos serviços públicos de saúde no Brasil. Nossa intenção era contar as experiências das mulheres protegidas pela liminar – aquelas que acreditavam que o sofrimento involuntário não dignificava suas vidas, ao contrário, era um tormento evitável. Encontramos cinquenta e oito mulheres e apresentamos quatro delas no documentário *Quem são elas?*.⁵² Severina, no entanto, foi um capítulo à parte e singular dessa história. Ela nos mostrava como as necessidades da existência eram fragilizadas por atos injustos do Estado.

Érica, Dulcinéia, Camila e Michele eram algumas das mulheres que a corte havia protegido ao conceder a liminar: suas histórias foram exibidas em um filme e replicadas pela imprensa em diversos momentos do percurso da ação.⁵³ Ao cassar a liminar, o tribunal entendia que o impeto solitário do ministro relator não representava o pensamento coletivo, ao menos naquele momento da história. Severina era a mulher que corporificar as consequências da hipótese da prudência jurídica da corte e de seu autoimposto pedido de pausa – por isso, acompanhamos sua história do dia em soube que o país tinha uma corte suprema ao dia em que a mesma corte encerrou o caso, em 2012. O primeiro capítulo de sua jornada foi o documentário *Uma história Severina*,⁵⁴ lançado no dia 5 de outubro de 2005, doze meses após a cassação da liminar.⁵⁵ A delicadeza da história e a codireção de Eliane Brum fizeram com que o filme ganhasse protagonismo em outros palcos que não mais os acadêmicos e jurídicos; sobretudo, fizeram que assumisse a força de um contra-argumento empírico à pouca razoabilidade do raciocínio jurídico da corte. A ação de anencefalia era a dor de Severina e não as especulações sobre vida, morte ou dignidade lançadas pelos ministros.

Foram anos de espera. Não temos uma hipótese clara de por que o STF se alongou para o julgamento final. Os movimentos eram lentos e a chegada da ADI 3.510/2005, sobre a lei de biossegurança, postulou-se como emergencial para nossa ação acadêmica e política. Em março de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, apresentou a ADI 3.510 contestando o uso de embriões congelados por técnicas de reprodução assistida para fins de pesquisa com células-tronco. A tese central da ação era que “a vida acontece na, e a partir da, fecundação”,⁵⁶ assim, pesquisas que violassem o início mágico da vida ameaçariam princípios constitucionais, em particular o do direito à vida. É possível entender a controvérsia lançada pela ADI em dois níveis – o primeiro deu realidade à inquietação moral dos que sustentavam a ontologia da vida no ato da fecundação, por isso a contestação seria genuína; o segundo tinha

ambições mais profundas, pois, se a corte acatasse a tese da ADI de que “a vida inicia na fecundação”, células fecundadas congeladas consistiriam em seres invioláveis. O segundo nível mirava não apenas a pesquisa com células-tronco embrionárias, mas também o aborto, a anencefalia e os permissivos legais do Código Penal.

As audiências públicas para a ação de anencefalia foram as primeiras convocadas na história do Supremo, mas as da ADI de células-tronco foram as primeiras a serem realizadas, em 2007. A Anis participou como *amicus curiae* na ação e fui a representante da entidade durante as audiências públicas. A tese da Anis era simples, mas assumia o duplo alvo da ação de biossegurança: o STF não necessitaria enfrentar a pergunta sobre o início da vida para julgar a constitucionalidade da pesquisa com embriões congelados supranumerários e inviáveis à reprodução; além disso, a pergunta sobre o início da vida não era jurídica, tampouco científica, mas religiosa.⁵⁷ O início da vida é uma inquietação de regressão infinita – há fragmentos da vida humana em embriões congelados, em fios de cabelo ou em cadáveres. Um gigantesco suporte da opinião pública em favor da pesquisa com células-tronco embrionárias antecipou o que ocorreria na ação de anencefalia – não havia oposição na mídia nacional; ao contrário, os holofotes para o STF permitiram uma decisão final de 6 a 5 votos (entre votos pela procedência parcial e improcedência). Tanto nas audiências públicas de células-tronco quanto no julgamento, figuras públicas e associações de pessoas com deficiência deram rosto ao que parecia ser uma disputa sobre ciência e moral.⁵⁸ Mas a corte também crescia em visibilidade como um espaço de emergência de novas interpretações para os direitos fundamentais. Uma agenda de questões conhecidas como de bioética ali chegou – suas dificuldades e fascínios moviam os ministros, os acadêmicos, os meios de comunicação e a sociedade civil.

A ADI foi superada em 2008, no mesmo ano em que foram convocadas as audiências públicas de anencefalia. Foram quatro dias de escuta de entidades científicas, de organizações religiosas e da sociedade civil, além de uns poucos especialistas individuais. A Anis foi uma das entidades da sociedade civil a serem convidadas para as audiências públicas, além da Rede Feminista de Saúde e das Católicas pelo Direito de Decidir. A representante da Rede Feminista de Saúde cedeu parte de seu tempo de exposição oral ao casal Michele Gomes de Almeida e Ailton Almeida. Michele, ao contrário de Severina, interrompeu a gestação de feto anencéfalo durante a vigência da liminar e compareceu ao auditório com as duas filhas que teve após o aborto. Michele assumiu um protagonismo nacional em diferentes etapas do percurso da ação e mesmo posteriormente a ela, como uma voz concreta pela descriminalização do aborto em caso de má-formação fetal incompatível com a vida.⁵⁹ Michele não falou de teses jurídicas ou certezas científicas – apenas contou sua história. Era uma mulher que queria ser mãe, evangélica, casada e com filhas, mas que se viu diante de um diagnóstico de anencefalia na primeira gestação. Fez o aborto, e em seguida engravidou novamente. Era uma mulher comum, mas que dependia do Supremo para realizar o aborto legalmente. Sua audiência foi seleta – primeiro o ministro relator, depois a imprensa nacional.

O espetáculo do terceiro ato se movia por ciclos de intensa repercussão e períodos de silenciamento. Entre as audiências públicas e o julgamento final da ação, passaram-se mais dois anos – um intercurso animado pela ação de uniões homoafetivas, da qual a Anis também foi *amicus curiae*. No que seria o seu último julgamento, o Ministro Cezar Peluso presidiu a votação de mérito da ADPF 54. Na primeira fileira do plenário, os olhos do presidente miravam os de Severina, a agricultora que desacreditou a tese de que o sofrimento involuntário dignificaria uma mulher. Com seu marido, Rosivaldo, e seu filho, Walmir, Severina saiu de Chã-Grande para Brasília. Ela não seria mais o rosto do documentário, mas a voz do corpo que percorrera tribunais e hospitais oito anos antes. Severina apresentou-se ao ministro relator da ação, alguém que ela também só havia conhecido pelo filme que contou sua história ao país.

O tribunal não era o mesmo que cassara a liminar sete anos antes: outros membros, opinião pública favorável, um certo orgulho de ser um espaço mais progressista que o Congresso Nacional para questões de liberdades individuais, em particular direitos reprodutivos. A votação foi 8 a 2, e houve pronunciamentos mais amplos do que a especificidade da ação demandava. Alguns ministros reclamavam a urgência da corte em enfrentar a questão do aborto como um problema de saúde pública e de direitos das mulheres, uma tese também sustentada pelo professor Barroso no que foi uma de suas últimas cenas no púlpito antes de ser nomeado ministro do STF. Nesse momento do espetáculo, a participação da Anis foi discreta – a agricultora Severina e o professor Barroso protagonizaram as duas vozes necessárias ao desfecho do que foi aqui descrito como um evento iniciado pela ruptura do juiz inquieto de Ariquemes vinte e três anos antes. Mas talvez a ação tenha sido o início de uma nova ruptura – um movimento que faz com que o instante da nova jurisprudência seja um permanente jogo entre o antes e o depois da história.

>> NOTAS

- ¹ Gollop, 2003.
- ² “Aborto”, “interrupção da gestação” e “antecipação terapêutica do parto” serão utilizados como sinônimos no texto, muito embora marquem diferentes momentos da história da ação de anencefalia no país.
- ³ Em São Paulo, a ultrassonografia foi introduzida em 1975. O diagnóstico de anomalias fetais já era realizado com acuidade nos anos 1980.
- ⁴ “Supremo Tribunal Federal”, “suprema corte”, “corte” e “tribunal” serão utilizados como sinônimos.
- ⁵ Frigério, 2003.
- ⁶ Alberto Silva Franco, inspirado em Damiano Cunha, descreve o dilema do aborto como o da duplicidade na unidade (2005: 165).
- ⁷ Diniz/Ribeiro, 2003.
- ⁸ Diniz, 2003.
- ⁹ Gollop, 2003.
- ¹⁰ Gollop, 1995.
- ¹¹ Buchanan *et al.*, 2000; Hungria, 1979. Nelson Hungria fala em “aborto eugenésico”.
- ¹² Kelling/Wilson, 1982.
- ¹³ “Pessoas com deficiência”, “pessoas deficientes” ou, simplesmente, “deficientes” serão utilizados como sinônimos. Minha preferência política e estética é por “pessoa deficiente” ou “deficiente”, mas a interferência da linguagem jurídica adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil inaugurou uma nova rota discursiva na língua portuguesa (Diniz, 2012).
- ¹⁴ Essa foi a tese sustentada pelo memorial da União dos Juristas Católicos de São Paulo e da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro, assinado por seus diretores e advogados à época, entre eles Ives Gandra da Silva Martins. O memorial não consta como parte do arquivo documental do caso no STF, pois o relator da ADPF 54, ministro Marco Aurélio Mello, não aceitou a participação dessas entidades como *amici curiae*. O memorial, no entanto, ainda pode ser localizado em fontes eletrônicas secundárias ligadas à Igreja Católica. O ministro Cezar Peluso faz alusão à lógica de “exclusão social por deformidades corporais no feto” no voto pela cassação da liminar em 2004 (Brasil, 2004b: s/p).
- ¹⁵ Hughes/Paterson, 1997; Oliver/Barnes, 1998; Barnes, 1999; Thomas, 1999; Kittay, 1999; Francis/Silvers, 2000.
- ¹⁶ Diniz, 2012; Diniz, 2013.
- ¹⁷ Na ausência de uma categoria na língua portuguesa que traduza o neologismo *disablism*, a expressão composta “discriminação por deficiência” vem sendo utilizada.
- ¹⁸ Parens/Asch, 1999.
- ¹⁹ Parens e Asch sustentaram que “os testes pré-natais que selecionam contra traços genéticos de deficiência manifestam uma atitude danosa sobre as pessoas portadoras de deficiência e enviam mensagens danosas para as pessoas que vivem com esses traços” (1999: S2; tradução minha).
- ²⁰ Barros, 2003.
- ²¹ Frigério *et al.*, 2001.
- ²² Franco, 2005: 167.
- ²³ World Health Organization, 2003.
- ²⁴ Brasil, 2008.
- ²⁵ Aurélio, 2013.

- ²⁶ Os raros casos de sobrevida são de curtos intervalos de tempo – horas ou dias. Os casos de crianças levadas às sessões de audiência pública ou ao julgamento da ADPF 54 não eram de anencefalia, mas de outras más-formações no fechamento do tubo neural. Apesar de graves, eram condições médicas compatíveis com a sobrevida após o parto (Agência Estado, 2008).
- ²⁷ Diniz, 1997.
- ²⁸ Singer, 1993.
- ²⁹ Em termos antropológicos, realizei uma etnografia no serviço. Todas as quintas-feiras, acompanhava o ambulatório de medicina fetal do HMIB. O Dr Avelar de Holanda Barbosa, à época diretor do hospital, foi um dos grandes apoiadores da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia.
- ³⁰ Diniz/Ribeiro, 2003.
- ³¹ Ferreira, 1986.
- ³² Brum, 2004: 70.
- ³³ A narrativa médica descreve a gestação por semanas. As mulheres, no entanto, por meses. Por isso, optei por manter a narrativa de Gabriela sobre seu corpo.
- ³⁴ Brasil, 2004d.
- ³⁵ Brum, 2004: 70-71.
- ³⁶ O HC 84.025 foi julgado pelo STF no dia 4 de março de 2004, com a seguinte composição: Maurício Corrêa (presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa (relator). O julgamento contou com a presença do então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles. Nas palavras do ministro relator, “a consequência disso tudo é que a moça foi obrigada a carregar, a portar essa gravidez indesejada por dois meses por força dessas decisões judiciais desencontradas e, a meu ver, absolutamente irregulares” (Brasil, 2004c: 2).
- ³⁷ Outro ponto de destaque foi a discussão entre os ministros durante a votação e a perda do objeto. O caso americano *Roe vs Wade* chegou a ser citado, bem como autores importantes no debate sobre direitos no Brasil e em outros países, como Ronald Dworkin, Nelson Hungria e Daniel Sarmiento.
- ³⁸ Nesta reunião, estiveram também presentes a advogada Samantha Buglione, representante da Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, e a médica Dafne Horovitz, à época presidente da Sociedade Brasileira de Genética Clínica.
- ³⁹ O artigo 103 da Constituição Federal determina nove legitimados ativos para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
- ⁴⁰ A CNTS representa mais de 50 sindicatos de profissionais da saúde em todo o país. São 8 federações e 190 sindicatos vinculados.
- ⁴¹ Em agosto de 2009, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) enviou uma carta ao Supremo Tribunal Federal, com mais 27 entidades, apoiando a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia. O documento está disponível neste link: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/sbpc-envia-ao-supremo-documento-favoravel-a-antecipacao-do-parto-em-casos-de-anencefalia/>.
- ⁴² Entre outras, Simone Iwasso escreveu, para *O Estado de S.Paulo*, a matéria *72% defendem aborto de feto anencéfalo*, em 26 de outubro de 2008 (<http://www.estadao.com.br/noticias/>

vida,72-defendem-aborto-de-feto-anencefalo,267088,0.htm); Eliane Brum escreveu, para a revista *Época*, a matéria *Guerra de embriões*, em 15 de março de 2004; e Laura Capriglione escreveu, para a *Folha de S.Paulo*, a matéria *67% defendem direito de parar gravidez em SP*, em 21 de outubro de 2004 (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2110200406.htm>).

- ⁴³ A jornalista Marisa Sanematsu (2005), do Instituto Patrícia Galvão, realizou uma análise da cobertura da imprensa sobre a liminar.
- ⁴⁴ Biancarelli, 2004.
- ⁴⁵ CFM, 2004. Essa resolução foi revogada pela Resolução CFM 1.949/2010.
- ⁴⁶ A socióloga Maria José Rosado Nunes (2008), diretora da organização Católicas pelo Direito de Decidir, descreveu os resultados de pesquisas e o sentimento sobre o tema da anencefalia em uma perspectiva ampla de direitos humanos: “É esse o sentimento da população brasileira como registrado anteriormente, em pesquisas: obrigar uma mulher a manter essa gravidez é uma tortura. Obrigá-la, por que, se, por sua decisão, ela decide manter a gravidez, ela pode fazê-lo e, nesse caso, o sentimento dela certamente será outro”.
- ⁴⁷ Cepia/CNDM, 2009.
- ⁴⁸ Na ocasião da cassação da liminar, o voto do Ministro Marco Aurélio invocou a laicidade do Estado: “Ainda temos, em Plenário, um Cristo, mas de há muito houve a separação Estado/Igreja. Creio que não de se fazer presentes, no caso, parâmetros técnicos, parâmetros constitucionais, e não visões até mesmo fundamentalistas, morais e religiosas sobre o tema” (Transcrição do voto do Ministro Marco Aurélio na sessão plenária do dia 20 de outubro de 2004).
- ⁴⁹ Brasil, 2004a.
- ⁵⁰ Diniz/Brum, 2005.
- ⁵¹ Peluzo, 2004: 4; Diniz/Vélez, 2007.
- ⁵² Diniz, 2006. O filme está disponível no endereço: <http://www.youtube.com/watch?v=pM1aCmkTn9g&feature=share&list=UUbnXcxzeZIZrj2GVOfvXH3g>
- ⁵³ Um exemplo foi a reportagem da revista *IstoÉ A vida depois do aborto*, sobre as personagens do filme, publicada em julho de 2011 (Azevedo, 2011).
- ⁵⁴ Diniz/Brum, 2005.
- ⁵⁵ O filme está disponível no endereço <http://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>. A história de Severina ganhou três níveis narrativos: o roteiro das diretoras, as imagens em xilogravura de J. Borges e a música da repentinista Mocinha de Passira. Depois desse filme, a produtora ImagensLivres passou a ser um braço institucional de ação política da Anis pelo uso das imagens. *Uma história Severina* recebeu 17 prêmios, foi traduzido para sete idiomas e circulou em congressos acadêmicos, salas de aula e canais abertos de televisão. Tão importante quanto sua repercussão artística foi a construção de uma nova arquitetura para casos difíceis – a combinação de pesquisa acadêmica, racionalidade jurídica e linguagem por imagem facilita tanto o diálogo jurídico quanto o diálogo com a opinião pública.
- ⁵⁶ Brasil, 2005: 10.
- ⁵⁷ O memorial elaborado e entregue pela Anis está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoocidente=2299631>.
- ⁵⁸ Uma das organizações mais atuantes no campo da defesa dos direitos das pessoas com deficiência é a Escola de Gente, comandada por Cláudia Werneck. À época das audiências públicas, sua atuação foi fundamental no processo de esclarecimento sobre a anencefalia – em que não há compatibilidade com a vida – e a deficiência – em que se luta pelo direito de estar e viver no mundo.

- ⁵⁹ Michele e Ailton foram ouvidos nas audiências públicas no STF, dirigiram-se diretamente aos ministros e conversaram com o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão. As entidades contrárias à ADPF 54 usaram de estratégia parecida, levando mães e crianças com outras anomalias para sensibilizar o STF e a opinião pública. Recentemente, Michele e Ailton também foram protagonistas de uma das edições do programa *Na Moral*, da Rede Globo, apresentado por Pedro Bial. O programa, dedicado ao tema do aborto legal, foi ao ar em agosto de 2013. Michele estava grávida da terceira filha.

>> REFERÊNCIAS

- Agência Estado (2008).** *Médicos afirmam que Marcela não sofria de anencefalia*. 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,medicos-afirmam-que-marcela-nao-sofria-de-anencefalia,medicos-afirmam-que-marcela-nao-sofria-de-anencefalia,232254,0.htm>. Acesso em: 7 nov. 2013.
- Asch, Adrienne (2003).** “Diagnóstico pré-natal e aborto seletivo: um desafio à prática e às políticas”. Tradução de Debora Diniz e Marcele Castro. *Physis* 13/2, 287-320.
- Aurélio, Marco (2013).** “Possibilidade de antecipação do parto por anencefalia”. *Revista de Direito Administrativo* 262, 317-357. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8910>. Acesso em: 7 nov. 2013.
- Azevedo, Solange (2011).** “A vida depois do aborto”. *IstoÉ*, 29 de julho de 2011. Disponível em: http://www.istoec.com.br/reportagens/149013_A+VIDA+DEPOIS+DO+ABORTO. Acesso em: 11 nov. 2013.
- Barnes, Colin (1999).** “Disability Studies: new or not so new directions?” *Disability & Society* 14/4, 577-80.
- Barros, Alessandra (2003).** “Limites à condenação do aborto seletivo: a deficiência em contextos de países periféricos”. *Physis* 13/2, 273-86.
- Biancarelli, Aureliano (2004).** “Juizes reconhecem direito desde 89”. *Folha de S.Paulo*, 2 de julho de 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ffo207200406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, *Audiências Públicas*, Relatoria Ministro Marco Aurélio Mello. 26 e 28 de agosto; 4 e 16 de setembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>. Acesso em: 4 nov. 2013.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (2004a).** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Relatoria Ministro Marco Aurélio. *Extrato de Ata*, 20 de outubro de 2004, s/p. In: Inteiro teor do acórdão.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (2004b).** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Relatoria Ministro Marco Aurélio. *Questão de Ordem*, Ministro Cezar Peluso, 20 de outubro de 2004, s/p. In: Inteiro teor do acórdão.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (2004c).** HC 84.025-6/RJ, julg. 4/3/2004. *Esclarecimento*, Relatoria Ministro Joaquim Barbosa.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça (2004d).** HC 32.159/RJ, julg. 17/2/2004. DJ 22/4/2004. *Voto*, Relatoria Ministra Laurita Vaz. In: Inteiro teor do acórdão, p. 9, 2004d.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, 16 de maio de 2005, p. 10.
- Brum, Eliane (2004).** “A guerra dos embriões”. *Época*, 15 de março de 2004, 68-72.
- Buchanan, Allen; Brock, Dan W.; Daniels, Norman; Wikler, Daniel (2000).** *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cepia; Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (2009).** *Campanha: Apesar da anencefalia ser irreversível, as leis são reversíveis e devem ser compatíveis com a dignidade humana*. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/anencefalia.htm>. Acesso em: 11 nov. 2013.
- Conselho Federal de Medicina.** Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Resolução n. 1752, de 13 de setembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 140. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. Acesso em: 11 nov. 2013.

Diniz, Debora.

- (2013). “Deficiência e políticas sociais - entrevista com Colin Barnes”. *Ser Social* 15 (UnB), 237-251.
- (2012). *O que é deficiência*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense (Coleção Primeiros Passos). v. 1.
- (1997). “O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais”. *Bioética* 5/1 (Brasília), 19-24.
- (2006). *Quem são elas?*. Brasília: ImagensLivres. Documentário. 20 min.
- (2003). “Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juizes em cena”. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* 13/2, 251-272.

Diniz, Debora; Brum, Eliane (2005). *Uma história Severina*. Brasília: ImagensLivres. Documentário. 23 min.

Diniz, Debora; Ribeiro, Diaulas Costa (2003). *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: LetrasLivres.

Diniz, Debora; Velez, Ana Cristina (2007). “Aborto e razão pública: o desafio da anencefalia no Brasil”. *Mandrágora*, 13 (São Bernardo do Campo), 22-32. Número Especial Gênero, Religião e Políticas Públicas.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda (1986). “Eufemismo”. In: *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 734.

Francis, Leslie Pickering/Silvers, Anita (2000). “Achieving the right to live in the world: Americans with disabilities and the civil rights tradition”. In: *Americans with Disabilities: exploring implications of the law for individuals and institutions*. New York: Routledge, xiii-xxx.

Franco, Alberto Silva (2005). Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais* 94/833, 399-419.

Frigério, Marcos (2003). “Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 11/41, 268-329.

Frigério, Marcos; Salzo, Ivan; Pimentel, Silvia; Gollop, Thomaz (2001). “Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil”. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal* 7, 1-24.

Gollop, Thomaz.

- (2003). “Questões bioéticas e legais do abortamento seletivo”. *Femina* 10/31, 905-7.
- (1995). “O descompasso entre o avanço da ciência e a lei”. *Revista USP* 24, 54-9. ISSN 2316-9036. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/27024/28798>. Acesso em: 7 nov. 2013.

Hughes, Bill/Paterson, Keven (1997). “The Social Model of Disability and the Disappearing Body: towards a sociology of impairment”. *Disability & Society* 12/3, 325-40.

Hungria, Nelson (1979). *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. v. V.

Kelling, George; Wilson, James (1982). “Broken Windows: the police and neighborhood safety”. *The Atlantic Magazine*, 1 Mar. 1982. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em: 31 out. 2013.

Kittay, Eva (1999). *Love's Labor: essays on women, equality, and dependency*. New York: Routledge.

Oliver, Michael; Barnes, Colin (1998). *Disabled People and Social Policy: from exclusion to inclusion*. London: Longman.

Parens, Erik; Asch, Adrienne (1999). “The disability rights critique of prenatal genetic testing”. *Hastings Center Report* 29, S1-S22.

Rosado Nunes, Maria José. *O direito à antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia – Pronunciamento ao Supremo Tribunal Federal em 26 de agosto de 2008*. Disponível em: <http://www.catolicasonline.org.br/editorial/conteudo.asp?cod=292>. Acesso em: 11 nov. 2013.

- Sanematsu, Marisa (2004).** *Interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal: a cobertura da imprensa sobre a liminar do STF e suas repercussões*. São Paulo: Biblioteca Digital AADS. Disponível em: http://aads.org.br/arquivos/10anos/Marisa_LiminarSTF2004.doc. Acesso em: 8 nov. 2013.
- Singer, Peter (1993).** *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes.
- Thomas, Carol (1999).** "Defining disability: the social model". In: *Female Forms: experiencing and understanding disability*. Buckingham: Open University, 13-32.
- World Health Organization (2003).** *World atlas of birth defects*. 2nd ed. Geneva: World Health Organization.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
O DIREITO À VIDA – COMENTÁRIOS
À DECISÃO NA ADPF Nº 54 SOBRE
A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NOS
CASOS DE ANENCEFALIA FETAL // THE
BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE
RIGHT TO LIFE – COMMENTARIES TO
THE COURT’S DECISION ON ADPF 54,
REGARDING PREGNANCY INTERRUPTION
IN CASES OF FETAL ANENCEPHALY**

Ingo Wolfgang Sarlet

>> RESUMO // ABSTRACT

O Supremo Tribunal Brasileiro recentemente julgou o problema da interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal. O julgado acabou revitalizando na esfera pública aspectos relevantes da relativamente antiga controvérsia em torno da descriminalização do aborto e da dimensão mais ampla em torno do valor da vida humana no Sistema jurídico brasileiro. O objetivo do presente ensaio é situar a decisão referida no contexto mais amplo dos atuais debates em torno do direito à vida, com foco especialmente nas suas relações com outros direitos e princípios fundamentais, nesse caso, com especial ênfase na dignidade humana. // The Brazilian Supreme Court recently ruled regarding the constitutional status of interrupting pregnancies when the fetus in question is anencephalic. This case brought back into the public sphere relevant aspects of the relatively old controversy around the decriminalization of abortion, as well as the broader issue of the value of human life within the Brazilian legal system. The aim of this essay is to situate the aforementioned decision in the broader context of the current debates regarding the right to life, focusing especially on its relationships with other rights and fundamental principles, in this case, special emphasis is given to human dignity.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Aborto; Direito à Vida; Anencefalia; Supremo Tribunal Federal do Brasil; Dignidade Humana. // Abortion; Right to Life; Anencephaly; Brazilian Supreme Court; Human Dignity.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular da Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. // Full Professor at PUC-RS, PhD From the University of Munich.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Traduzido por Joanna Noronha, a quem agradeço pelo rápido e muito bom trabalho. // Translated by Joanna Noronha, to whom I thank for the fast and very good job.

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (doravante STF), da ADPF nº 54, que apreciou a legitimidade constitucional da possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos com anencefalia, recolocou na esfera pública aspectos relevantes da relativamente antiga controvérsia em torno da descriminalização do aborto, bem como, numa perspectiva mais ampla, do valor da vida humana para a ordem jurídica brasileira, na qual, de acordo com o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF), o direito à vida pontifica como um dos principais e – utilizando aqui a simbólica dicção do constituinte – invioláveis direitos fundamentais consagrados logo no pórtico do catálogo constitucional de direitos e garantias.

Assim, dada a sua relevância e considerando a existência de relativamente poucas decisões do STF que envolvem diretamente a sua proteção e promoção (como direito fundamental autônomo), o direito à vida, especialmente por suas conexões com outros direitos e princípios fundamentais, mas também em virtude da atualidade de algumas discussões relevantes que dizem respeito à vida humana como bem jurídico-constitucional, como é o caso justamente da própria controvérsia em torno da descriminalização do aborto (e não apenas na hipótese de anencefalia) merece ser objeto de continuada atenção e debate.

À vista de tais considerações, o que se pretende neste ensaio é precisamente situar a decisão a ser comentada no contexto mais amplo do direito à vida, especialmente no que diz com suas relações com outros direitos e princípios fundamentais (no caso, com ênfase na dignidade da pessoa humana), mas também no concernente aos seus limites, ou seja, quando está em causa a legitimidade constitucional de intervenções no direito à vida, sempre com foco na discussão em torno da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e no julgamento do STF sobre a matéria.

2 – BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À VIDA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

2.1 – NOTÍCIA HISTÓRICA

No âmbito da evolução legislativa (constitucional e supranacional) sabe-se que o primeiro documento a consagrar um direito à vida, numa acepção que já pode ser considerada muito próxima da moderna noção de direitos humanos e fundamentais, foi a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que, no seu art. 1º, incluía a vida no rol dos direitos inerentes da pessoa humana. A Constituição Federal Norte-Americana de 1787, por sua vez, não contemplava um “catálogo” de direitos e garantias, tendo sido apenas mediante a aprovação da quinta emenda, de 1791, que o direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América, de resto, a primeira

consagração do direito à vida como direito fundamental (de matriz constitucional) da pessoa humana na história constitucional. De acordo com a dicção da quinta emenda, “Nenhuma pessoa (...) será desprovida de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

Ainda no contexto da fase inaugural do constitucionalismo moderno, importa anotar que as constituições da Revolução Francesa, bem como a posterior Carta Constitucional de 1814, não faziam menção explícita ao direito à vida, utilizando apenas o conceito de uma garantia da segurança. Desde então, ressalvadas algumas exceções, o direito à vida acabou não merecendo, durante muito tempo, um reconhecimento no plano do direito constitucional positivo da maior parte dos Estados, o que apenas acabou com a viragem provocada pela II Grande Guerra Mundial, que não apenas alterou a ordem mundial, mas também afetou profundamente o próprio conteúdo e em parte também o papel das constituições, além da influência gerada pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) e dos posteriores pactos internacionais para proteção dos direitos humanos (com destaque, numa primeira fase, para o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966) sobre as constituições promulgadas na segunda metade do Século XX. Nesse período, destaca-se a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que não apenas reconheceu o direito à vida como direito fundamental, mas também foi a primeira a vedar completamente, em qualquer hipótese, a pena de morte.

No âmbito da evolução constitucional brasileira, verifica-se que na Constituição de 1824, a exemplo do paradigma da França de então, não havia previsão de um direito à vida, mas apenas de um direito à segurança individual, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1891. Também nas constituições de 1934 e de 1937 o direito à vida não foi contemplado, muito embora a proibição da pena de morte, ainda que admitidas exceções. Foi, portanto, apenas na Constituição de 1946 que o direito à vida mereceu reconhecimento e proteção como direito individual (artigo 141, *caput*), retomando-se a técnica da Constituição de 1934, no que diz com o banimento da pena de morte salvo nos casos de guerra com nação estrangeira e nos termos da legislação militar, o que foi mantido na Constituição de 1967 (artigo 150, *caput*, e § 11), com a ressalva de que o texto constitucional se refere ao caso de guerra externa (e não de guerra com outro país), embora a equivalência das situações, o que, por sua vez, foi reproduzido no texto resultante da alteração promovida pela *Emenda Constitucional n° 1, de 1969* (artigo 153, *caput*, e § 11).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à vida foi expressamente contemplado no elenco do artigo 5º, *caput*, na condição mesmo – a teor do texto constitucional – de direito “inviolável”. Além da proteção genérica já referida, a vida encontrou proteção constitucional adicional, mediante a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, letra “a”), guardando, portanto, sintonia textual com o sistema internacional (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Adicional) e regional (interamericano) de proteção dos direitos humanos.

2.2 - ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA E SUA DUPLA DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA

De acordo com a tradição do constitucionalismo contemporâneo – especialmente a partir do Segundo Pós-Guerra (Segunda Metade do Século XX), o conceito de “vida”, para efeitos da proteção como direito fundamental (mas também no plano de uma proteção na perspectiva jurídico-objetiva, como se verá) é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano¹. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica². A noção de vida digna (que pode assumir uma feição positiva – legítima na perspectiva da moralidade e do Direito, no que diz com a proteção e promoção de uma vida que corresponda às exigências da dignidade humana), portanto, não poderá servir de fundamento para a imposição de uma condição de inferioridade a determinados indivíduos, tal qual ocorreu, em tempos mais recentes, sob a égide da ideologia nacional-socialista, justificando práticas eugênicas, que, convém frisar, já existiam em diversos locais bem antes da instauração do nacional-socialismo.

O que importa sublinhar, no contexto, é que a noção de uma vida indigna deve ser tida como completamente dissociada da ordem constitucional³. De qualquer sorte, sem que se possa aqui aprofundar a questão, pelo menos merece referência o fato de que no campo da proteção da vida intrauterina e da reprodução assistida, apenas para ilustrar com os exemplos mais emblemáticos na atualidade, mas também no que concerne à discussão sobre a eutanásia, o problema ético e jurídico da eugenia, segue, de algum modo, tendo relevância, ainda que evidentemente de modo muito distinto das práticas eugênicas baseadas em critérios de pureza racial ou similares, que merecem total repúdio da ordem jurídica.

Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como “pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”⁴, “verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”⁵, ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana⁶. Além e independentemente disso, a relação entre o direito à vida e os outros direitos fundamentais é diversificada e evidentemente não se verifica em todos os casos, o que, contudo, aqui não poderá ser desenvolvido, salvo no que guarde vínculo com o tema ora versado, destacando-se a relação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, precisamente em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, ademais do fato de que a vida é o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas

também de acordo com a premissa de que toda a vida humana é digna de ser vivida⁷. Todavia, é preciso enfatizar que por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de princípios e direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez, o que, aliás, foi amplamente discutido na decisão do STF na ADPF nº 54, que será objeto de comentário um pouco mais detido logo adiante. Importante é deixar assente já nesta quadra que vida e dignidade são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção⁸. Para ilustrar, bastaria recordar que a dignidade da pessoa humana, de acordo com entendimento que aqui subscrevemos, não exige necessariamente uma proteção absoluta do direito à vida⁹.

Compreendido – na esteira da conhecida fórmula de Robert Alexy – como um direito fundamental em sentido amplo, também o direito à vida abrange um complexo de posições subjetivas de cunho negativo (defensivo) e positivo (prestacional)¹⁰. Nessa perspectiva, o direito à vida tem uma dimensão negativa, quando assume a condição de direito de defesa, cujo objeto é uma obrigação de abstenção por parte do Estado e dos particulares, gerando, portanto, uma obrigação de respeito e de proibição de intervenções no âmbito do direito à vida, muito embora o objeto do direito de defesa inclua também situações de ameaça e riscos para a vida¹¹. Mas o direito à vida também apresenta uma dimensão positiva, de um direito a prestações fáticas ou normativas, implicando a obrigação, por parte do Estado e mesmo de particulares (a depender do caso) de medidas ativas de proteção da vida, como se verá quando da decodificação dos deveres de proteção estatal e dos correspondentes direitos à proteção, logo a seguir.

Assim como se verifica com os demais direitos fundamentais (mas também dos princípios fundamentais em geral) no âmbito do que se convencionou designar de uma dimensão objetiva, o direito à vida representa um valor, um bem jurídico também objetivamente reconhecido e protegido, donde decorrem efeitos jurídicos autônomos, que, por sua vez, refletem na própria esfera subjetiva, ampliando as possibilidades de proteção e promoção dos direitos fundamentais¹². Nesse contexto, assume destaque a noção de um dever jurídico-constitucional de proteção do Estado, que, também e especialmente no caso do direito à vida, projeta-se muito além da simples proibição direta de violação, impondo diversas obrigações de atuação (prestação), que, por sua vez, especialmente no caso da ordem constitucional brasileira, correspondem, na esfera subjetiva e em diversas hipóteses (presentes certos pressupostos), a direitos subjetivos a prestações¹³.

Em apertada síntese, importa lembrar que os deveres de proteção vinculam todos os órgãos estatais, ressalvados os respectivos limites funcionais, implicando, em termos qualitativos, determinados níveis mínimos de proteção dos direitos e bens fundamentais (o que justifica o reconhecimento de uma proibição de proteção insuficiente), para além

de um dever de correção e melhoria quando se tratar de medidas estatais que estejam situadas aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. Além disso, o dever de proteção não incide apenas nos casos de violação, mas também em situações de risco e ameaça de violação dos direitos fundamentais, destacando-se a conexão do dever de proteção com os deveres de precaução e prevenção. Por derradeiro, para os limitados efeitos da presente abordagem, os deveres de proteção implicam medidas de cunho organizatório e procedimental, já que é mediante organização e procedimento que se logram obter níveis adequados de proteção e mesmo promoção de direitos fundamentais. Dentre as obrigações positivas do Estado, associadas aos deveres de proteção, podem ser referidas, um dever de amparo financeiro (em espécie ou bens e serviços), como é o caso de prestações para garantia da sobrevivência física¹⁴ ou mesmo, em perspectiva ampliada, de um mínimo existencial destinado a assegurar uma vida condigna, como se verifica a partir da invocação de precedentes do STF¹⁵, destacando-se, contudo, o estabelecimento de normas de cunho organizacional e processual¹⁶, como, por exemplo, a previsão da proibição de extradição de indivíduos que, em seu país de origem, serão ou já foram sentenciados com a pena de morte.¹⁷ Para o caso da interrupção da gravidez nas hipóteses de anencefalia, por exemplo, estariam aqui incluídas normas estabelecendo critérios e procedimentos para o diagnóstico da malformação, acompanhamento e informação da grávida, inserção do procedimento na rede pública (SUS), entre outros aspectos. Embora não se cuide de ato legislativo (mas ato normativo), assume relevo a Resolução n° 1.989/2012, do Conselho Federal de Medicina, que regulamentou a matéria após a decisão do STF. Por derradeiro, importa mencionar as proibições e sanções estatais direcionadas aos particulares, no âmbito das quais o Estado tem a obrigação de uma prestação jurídica no sentido de vincular, por meio da legislação, entes particulares ao respeito ao direito à vida. Nessa seara se enquadram a tipificação no direito penal de condutas que trazem dano ou ameaça de dano à vida, como, por exemplo, a própria proibição da interrupção da gravidez, da eutanásia, bem como as normas de responsabilidade civil extracontratual¹⁸.

2.3 – O PROBLEMA DO INÍCIO DA PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA VIDA HUMANA: A DISCUSSÃO EM TORNO DA TITULARIDADE DO DIREITO À VIDA

A titularidade do direito à vida, pelo menos de acordo com a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos e da tendência dominante no constitucionalismo ocidental, é a mais ampla possível, sendo assegurada a qualquer pessoa natural, portanto, qualquer ser humano, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, visto que se trata de direito cuja titularidade inequivocamente se rege pelo princípio da universalidade e não pode ser reservada apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil¹⁹. Sem que aqui se vá aprofundar o ponto, o direito à vida constitui exemplo evidente de que o enunciado do artigo 5°,

caput, da CF88, no que dispõe sobre a titularidade dos direitos fundamentais, não pode ser lido de modo “literal” e restritivo²⁰. A tutela da vida, a correlata proibição da pena de morte, assim como a tutela da dignidade da pessoa humana são evidentemente asseguradas, já por força do princípio da universalidade (por sua vez, ancorado na própria dignidade da pessoa humana) aos estrangeiros que não residem no Brasil. Mas, como é notório, o reconhecimento de que toda e qualquer pessoa é titular (sujeito ativo) do direito à vida não afasta a discussão sobre quando se configura tal condição. Assim, embora haja consenso acerca do fato de que o direito à vida abrange a vida humana durante o lapso temporal que medeia o início da vida humana até a morte, segue sendo problemática a definição de quando inicia e termina a vida humana, e, atrelada a isso, a decisão sobre quando começa e cessa a proteção jurídico-constitucional da vida humana e qual a natureza (subjetiva e/ou objetiva) de tal proteção.

É nesse contexto que se coloca, por exemplo, a pergunta se o nascituro é titular do direito à vida, e/ou se existe uma correspondência entre a existência de vida (por exemplo, na questão das células-tronco) e a titularidade do direito à vida como direito humano e fundamental? Tal questionamento (que arrasta uma série de outras indagações, como, por exemplo, eventual diferenciação entre a concepção e outros estágios da formação da vida intrauterina e mesmo extrauterina), segue objeto de acirrada polêmica, já pelo fato (mas não apenas por isso) de que a CF, assim como ocorre em outras ordens jurídicas, não dispõe expressamente sobre o início da proteção da vida humana, notadamente se esta abarca o nascituro.

Também no Brasil, doutrina e jurisprudência (aqui com destaque para o STF) digladiam-se em torno de diferentes posições e teorias, registrando-se que a despeito de alta densidade constitucional da querela, ainda é no campo do Direito Civil (que, de resto, é o foro convencional do debate em torno da personalidade jurídica e dos direitos de personalidade) e do Direito Penal (com destaque para a questão do aborto) que se percebe ser (ainda!) mais intenso o debate. Especialmente no que diz com a jurisprudência constitucional, convém registrar que o tema pouco foi debatido, ressaltando-se as decisões do STF na ADI 3.510, que apreciou a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco (e o correlato problema da eliminação de embriões excedentes), bem como, por último, na ADPF 54, julgada em abril de 2012, onde estava em causa a interrupção da gravidez em casos de anencefalia.

Como também se verificou nos dois casos julgados pelo STF, a controvérsia sobre o início da proteção da vida humana se desdobra em pelo menos duas grandes questões. A primeira, diz respeito à própria qualidade da proteção, se na condição de direito subjetivo (de um direito fundamental), ou na perspectiva apenas objetiva, mediante a noção de deveres de proteção e seus corolários, ou mesmo um somatório de ambas as possibilidades. A outra discussão se prende ao marco inicial da proteção jurídica da vida (concepção ou outro momento) antes do nascimento (com vida...), haja vista a diversidade de critérios já produzidos, cada qual reivindicando seu reconhecimento no mundo do Direito.

Uma rápida mirada sobre a decisão do STF na ADI 3.510, permite afirmar que, a depender do voto do Ministro Carlos Britto, não haveria titularidade de um direito à vida antes do nascimento com vida! Com efeito, ao que tudo indica, o STF (aqui considerando que a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator) partiu do pressuposto que a Constituição não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo assegurado na condição de direito (subjeto) fundamental, mas apenas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porquanto nascida com vida, de tal sorte que a inviolabilidade da qual trata o art. 5º “caput” diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. De outra parte, ficou assentado naquela decisão que o embrião, para merecer a proteção da ordem jurídica, deve ter a possibilidade de vir a ser pessoa, não bastando que tenha sido fecundado de modo artificial, de tal sorte que em não sendo implantado o embrião produzido *in vitro* não será jamais pessoa, não podendo ser, por via de consequência, objeto de proteção pelo Direito. Assim, parece que, para o STF, há que traçar uma distinção entre embriões obtidos de modo artificial e não implantados, destituídos de proteção jurídica, e embriões implantados e daqueles que se desenvolvem a partir de uma concepção e fecundação convencional, os quais, embora não sendo pessoas, já gozam de um determinado nível de proteção pela ordem jurídica ainda que não possam ser, enquanto não nascidos com vida, titulares de direitos.

À vista do exposto, verifica-se que a distinção entre indivíduos e pessoas (ou entre vida ou dignidade humana e pessoa humana, titular de um direito à vida e um direito à proteção e promoção de sua dignidade), parece, portanto, ter sido consagrada pela nossa mais alta Corte, ressaltando-se a existência de posição em parte divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, que, no seu voto, lembrou que a Convenção de São José da Costa Rica, como já referido na parte inicial, refere expressamente que a vida humana deve ser protegida desde a concepção. Por outro lado, é possível extrair da decisão ora colacionada, que a proteção jurídico-constitucional da vida intrauterina, portanto, da vida antes do nascimento, se dá por conta da extensão do âmbito subjetivo (pessoal) de proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido que embora não se possa falar de uma pessoa, na condição de sujeito de direitos fundamentais, existe uma proteção que atinge todo o processo vital, compreendido como um processo indivisível de formação do ser humano, que deságua no indivíduo-pessoa resultante do nascimento com vida.

A decisão do STF sobre a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco obtidas a partir de embriões derivados de uma fertilização artificial e não implantados no ventre feminino, convém destacar, embora tenha trazido elementos importantes para a discussão (a despeito de uma posição nada clara e conclusiva em matéria de titularidade de direitos fundamentais) não se presta como paradigma (ao menos exclusivo) para a discussão em torno da interrupção da gravidez, pois aqui está em causa – na visão do próprio STF – um “ser para pessoa”, que já recebe alguma proteção do direito positivo (tutela dos interesses do nascituro), cuidando-se, nesses casos, sempre de uma entidade pré-natal instalada (e

viva) no interior do corpo feminino. Com efeito, se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade daquele diploma legal com a Constituição haveria então de ser afastada, conforme o entendimento majoritário formado no STF quando do julgamento da ADI 3.510. Também o direito ao livre planejamento familiar, ancorado no artigo 226, § 7º, da CF, foi esgrimido como argumento contrário a uma obrigação de aproveitamento de todos os embriões resultantes da tentativa de engravidar por parte dos pretensos pais, o mesmo valendo para o direito à saúde (que estaria sendo promovido mediante a autorização das pesquisas com células-tronco) e o direito à livre expressão da atividade científica. Muito embora importantes aproximações, o caso da interrupção da gravidez, quando do diagnóstico de anencefalia do feto, é distinto, o que nem sempre foi devidamente considerado no julgamento do STF sobre a matéria (em geral quando da referência ao critério da morte encefálica) e também nem sempre é suficientemente sublinhado pela doutrina, como a seguir se verá.

Com efeito, na decisão do STF sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, novamente o problema da titularidade do direito à vida não foi objeto de maior referência e desenvolvimento, especialmente nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria que considerou constitucionalmente legítima a opção pela interrupção da gravidez em tais circunstâncias. Com efeito, o que se percebe, aqui em apertada síntese, é que os votos dos Ministros acabaram sendo focados, em grande parte, na afirmação da inviabilidade da vida após o nascimento do feto anencéfalo e na priorização da dignidade (e autonomia decisória) da mulher e dos pais em levar adiante a gravidez desde logo condenada a gerar uma vida “inviável”, sem enfrentar a problemática propriamente dita de uma titularidade de direitos fundamentais antes do nascimento com vida. O Ministro Gilmar Mendes, embora acompanhando a maioria quanto ao resultado final, consignou em seu voto, que a regra predominante no direito internacional é a da proteção jurídica da vida intrauterina, de tal sorte que o que está em causa são os limites da intervenção legítima no âmbito de proteção do bem jurídico tutelado. Já os dois Ministros que foram vencidos no julgamento da ADPF 54, designadamente Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, fizeram expressa referência em seus votos à proteção da vida do nascituro, tendo o Ministro Cezar Peluso agregado ser o nascituro sujeito de direitos, afirmando a plena dignidade constitucional de sua vida, embora não tenha ainda personalidade jurídica.

Assim, à vista de ambas as decisões do STF (pesquisa com células-tronco e interrupção da gravidez nos casos de anencefalia), é possível constatar, num primeiro passo, que tal como ocorre em sede doutrinária e a exemplo do que se passa no direito estrangeiro e mesmo internacional, o reconhecimento da titularidade do direito à vida (assim como de uma dimensão subjetiva da dignidade e dos direitos de personalidade em geral) antes do nascimento (com vida) segue controverso e não será aqui, dado os propósitos e limites da abordagem, que iremos ampliar a digressão.

De qualquer modo, mesmo que se parta do pressuposto de que a titularidade do direito à vida, na condição de um direito subjetivo, inicia apenas com o nascimento com vida, isso não significa ausência de proteção constitucional da vida antes do nascimento, visto que tal proteção ocorre pelo menos no âmbito de uma proteção objetiva, por meio da figura dos deveres de proteção estatais, solução que, de resto, tem sido também bastante prestigiada no âmbito da jurisprudência constitucional estrangeira (para o que basta uma leitura das referências feitas no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54), com destaque para a problemática da interrupção da gravidez e mesmo de outras formas de intervenção na vida (e mesmo dignidade) humana.

3 - LIMITES DAS INTERVENÇÕES NO DIREITO À VIDA – UMA ANÁLISE A PARTIR DO EXEMPLO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA E DA DECISÃO DO STF SOBRE A MATÉRIA

A despeito de ter sido consagrado no art. 5º, *caput*, onde lhe foi solenemente assegurada a sua inviolabilidade, não se poderá reconhecer que o direito à vida assume a condição de um direito absoluto, no sentido de absolutamente imune a intervenções legítimas sob o ponto de vista jurídico-constitucional. Diversamente do que ocorreu na Alemanha, onde a Lei Fundamental estabeleceu uma expressa reserva legal, a CF assegurou uma proteção aparentemente mais forte ao direito à vida, o que, todavia, não procede, visto que bastaria apontar para a exceção, prevista na própria CF, de que em caso de guerra declarada, nos casos regulamentados pela legislação infraconstitucional, cabível a aplicação da pena de morte, o que não se verifica no caso da Alemanha. Da mesma forma, a mera previsão, ainda que de modo limitado, de hipóteses legais admitindo a interrupção da gravidez, igualmente demonstra que a ordem jurídica reconhece situações nas quais a supressão da vida de um ser humano (sem prejuízo, no caso da interrupção da gravidez, da discussão sobre a existência de uma pessoa humana e de um direito subjetivo à vida) é tida como juridicamente tolerada, pelo menos no sentido de não implicar ato ilícito passível de sanção, o mesmo ocorrendo nos casos de legítima defesa, exercício regular de um direito, etc., onde a ilicitude do ato de matar é afastada.

O exemplo do direito à vida, diversamente da generalidade dos direitos fundamentais, revela também que a assim chamada garantia do núcleo essencial poderá coincidir, a depender da concepção adotada, com o próprio conteúdo do direito, visto que qualquer intervenção no direito à vida implica a morte de seu titular. Por outro lado, também são classificadas como intervenções no direito à vida hipóteses de grave ameaça e risco para a vida, que, no caso de efetivadas, levariam à morte, e, portanto, teriam caráter irreversível²¹. A questão, portanto, não é a de aqui discutir a legitimidade de intervenções restritivas, no sentido próprio do termo, mas sim a de verificar a consistência jurídico-constitucional de medidas

que, para a proteção de bens fundamentais individuais ou coletivos de terceiros, implicam a cessação da vida de alguém, o que, na hipótese da decisão ora comentada, se revela de alta importância.

No que se verifica substancial consenso é no sentido de que embora não se trate de um direito absoluto, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais sujeitos rigorosos, passíveis de pleno controle. Nesse contexto, a discussão sobre a descriminalização da prática do aborto, ou seja, da interrupção voluntária da gravidez, ou mesmo a controvérsia sobre a existência de um direito fundamental à interrupção da gravidez, segue polarizando as opiniões na esfera doutrinária, legislativa e jurisprudencial. No Brasil, onde para efeitos da legislação infraconstitucional (à míngua de decisão expressa do constituinte sobre a matéria), a prática voluntária do aborto, salvo nos casos em que se verifique risco de vida para a mãe ou que esta tenha sido vítima de delito sexual (estupro), segue sendo crime, o problema está longe de ser equacionado.

Muito embora o STF, independentemente de uma posição fechada (em verdade, como já se viu, muito antes pelo contrário) sobre a titularidade de um direito à vida por parte do nascituro, entenda – levando em conta o teor das manifestações de parte dos seus integrantes e o silêncio dos demais relativamente ao ponto – que a vida intrauterina encontra-se, de algum modo, protegida em razão da dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio direito à vida, ainda não houve uma tomada de posição conclusiva acerca da obrigatoriedade (resultante dessa dimensão objetiva) de determinado nível de proteção, como, por exemplo, a necessidade de que tal proteção seja efetuada mediante a criminalização de determinadas condutas, no caso, da interrupção da gravidez, muito embora, especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes, substancialmente referendado na sequência do julgamento quanto a tais aspectos, tenha proposto algumas diretrizes de matriz organizatória e procedimental para assegurar maior segurança nos casos de interrupção da gravidez, o que, aliás, foi objeto de consideração e concretização pelo Conselho Federal de Medicina na sua Resolução 1989/12, editada logo após o julgamento da matéria pelo STF.

No âmbito do direito comparado, diferentemente da solução adotada pela Suprema Corte dos EUA, que reconheceu um direito da mulher à prática do aborto nos primeiros meses de gestação²², o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que a proteção da dimensão objetiva do direito à vida não requer que o Estado efetue a salvaguarda da vida intrauterina por meio do direito penal, pois a decisão específica relativa ao “como” proteger a vida humana (e não apenas nessa fase) estaria reservada ao legislador, no âmbito de sua liberdade democrática de conformação, desde que – impende frisar – assegure alguma proteção eficaz à vida do nascituro e não a transforme em mero objeto da decisão alheia²³.

A polarização, no que toca aos casos de abortamento, entre a assim chamada “solução dos prazos” (que assegura a possibilidade da livre opção sobre a interrupção da gravidez dentro de determinado prazo) e a

“solução” ou “modelo das indicações” (de acordo com o qual apenas em determinadas hipóteses, devidamente justificadas do ponto de vista constitucional, é possível cancelar a possibilidade do aborto), evidentemente não foi como tal resolvida na decisão do STF na ADPF 54. Contudo, tendo em conta o teor de boa parte dos votos, inclusive a referência de que não se estaria, com a procedência da demanda, a ampliar automaticamente as hipóteses de interrupção da gravidez para outros casos de malformação fetal ou outras justificativas, é possível concluir que também o STF, pelo menos no âmbito de uma proteção objetiva da vida do nascituro, não se revela receptivo à introdução – pelo menos enquanto preservada sua atual composição – da “solução dos prazos” no Brasil.

Considerando o silêncio da CF a respeito e a atual opção legislativa (que permite o aborto em duas hipóteses vinculadas a determinadas circunstâncias) e agregando-se a decisão do STF na ADPF 54, é possível arriscar a afirmação de que também no Brasil a tese de que a proteção do nascituro se dá no plano objetivo, por força dos deveres de proteção do Estado, assume, ao menos por ora, caráter prevalente. Mesmo considerando que, no plano do direito internacional dos direitos humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disponha que a vida humana é protegida desde a concepção – prescrição normativa que prevalece em relação a toda e qualquer norma legal ou infralegal no ordenamento brasileiro -, disso não resulta necessariamente que tal proteção deva se dar na forma de um direito subjetivo do nascituro (ou mesmo de que tal solução seja a constitucionalmente mais adequada), podendo, portanto, ser justificada no plano da dimensão objetiva. De qualquer sorte, a dimensão objetiva não determina a maneira específica como o Estado deve realizar essa proteção e nem implica necessariamente que a vida tenha exatamente o mesmo grau de proteção em todas as suas fases, o que, como já registrado e particularmente bem pontuado por Paulo Mota Pinto, não se revela necessariamente incompatível com a adoção de um modelo de indicações (justificativas)²⁴. Aliás, entendimento diverso – por exemplo, na ótica de uma linha de argumentação que atribua caráter absoluto ao direito à vida – levaria fatalmente a um juízo de inconstitucionalidade pelo menos da hipótese legal do estupro, mas também poderia colocar em causa as demais hipóteses de exclusão da ilicitude, como é o caso da legítima defesa, do estado de necessidade, entre outras, o que por si só já revela que não se trata de um caminho razoável a ser trilhado.

Por outro lado, ainda que se possa avançar no debate em torno das diferenças substanciais (inclusive em termos de repercussão jurídica) da opção por uma proteção na perspectiva de um direito subjetivo à vida por parte do nascituro ou pela via objetiva (portanto, por força de deveres de proteção estatais) o fato é que em ambos os casos se verifica uma colisão de direitos e bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos e protegidos. Mesmo uma presunção de prioridade para a dimensão subjetiva (a liberdade de opção da mulher e/ou dos pais) não poderá, no caso, ser resolvida no sentido de uma absoluta prioridade e ausência total de proteção da vida do nascituro. Assim, tanto num, quanto noutro caso, há que avaliar

se a indicação (ou justificativa) para a interrupção da gravidez é constitucionalmente legítima e se guarda sintonia, entre outros critérios, como é o caso, com as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade (não compreendidos como categorias fungíveis!), resultando, ao fim e ao cabo, numa solução que estabeleça uma efetiva “concordância prática” (Hesse) e que seja constitucionalmente sustentável, ou adequada, se assim se preferir. É, portanto, a consistência constitucional dos argumentos que poderá legitimar determinada resposta como sendo correta. Precisamente no caso da ADPF 54, em que pese a em geral alentada e bem fundamentada argumentação dos Ministros do STF, verifica-se que a correção do resultado – que aqui vai enfatizada – não afasta e nem deve tornar inviável evidentes equívocos ou pelo menos imprecisões e inconveniências revelados por ocasião de alguns votos dos julgadores. Da mesma forma, tal como em outros julgados, percebe-se que alguns argumentos acabaram sendo reforçados mediante recurso a figuras retóricas de cunho não jurídico e que chegam a assumir, ainda que isso não corresponda à intenção de seu autor, caráter apelativo, o que não raras vezes não contribui para a solidez da decisão quanto à sua fundamentação.

A partir de tais premissas, já embutida a crítica ao uso nem sempre apropriado, mas no mínimo dispensável, de figuras argumentativas de cunho eminentemente retórico, é o caso de tecer algumas considerações em diálogo com os principais argumentos esgrimidos por ocasião do julgamento.

Uma primeira observação prende-se ao fato de que embora em geral os votos tenham, em maior ou menor medida, buscado elementos oriundos de outras áreas do saber, especialmente a biologia e a medicina, também é verdade que a seleção de tais conhecimentos quanto à sua correção nem sempre foi objeto de atenção, e, pelo contrário, ensejou até mesmo alguma confusão conceitual²⁵, como se constata no recurso ao argumento da morte cerebral como motivo para autorizar a interrupção da gravidez, pois cuida-se, no caso, de um argumento eminentemente utilitarista, pois a aplicação do critério da morte cerebral aos casos de anencefalia – como dá conta a Resolução nº 1949 de 2010 do CFM – seria inviável, já que embora os nascidos com anencefalia tenham ausência de estruturas cerebrais, eles possuem partes do cérebro funcionando. Com isso, à evidência, não se está a afirmar que a decisão final do STF teria de ser outra, caso devidamente observada tal circunstância, mas que a imagem da morte cerebral e de uma “não-vida” possivelmente simplifica a argumentação e reduz o encargo de justificar por outros fundamentos a interrupção da gravidez. Além disso, onde não há vida não se há de falar em direito à vida e dispensável mesmo uma cuidadosa ponderação.

Outra crítica, pelo menos no nosso sentir, pode ser endereçada à alegação de que nos casos de diagnóstico de anencefalia, não se trataria propriamente de um abortamento, de uma interrupção da gravidez, mas de uma antecipação terapêutica do parto. Mais uma vez, é possível afirmar, que se trata de um jogo de palavras, que seduziu também o CFM quando editou a Resolução 1989 de 2012, tendo o Ministro Gilmar Mendes, com razão, é preciso sublinhar, destoado de tal linha de argumentação, ao afirmar que também no caso é de aborto do que se trata, de tal sorte que

o que deve ser examinado é mesmo se existe uma justificação constitucionalmente sólida para, em caráter excepcional, admitir a interrupção da gravidez.

Além do mais, de acordo com a pertinente referência de Jörg Neuner, percebe-se que o STF considerou que os direitos da mulher prevalecem sobre os do feto com anencefalia e não considerou, para efeitos de tal posição preferencial da liberdade da mulher, outras graves malformações ou síndromes, pois o que se depreende da decisão é – ainda de acordo com Neuner – que as atividades cerebrais faltantes no caso de anencefalia seriam incompatíveis com o vir a ser pessoa do feto e, portanto, com um correlato direito à vida²⁶. Aliás, quanto a tal aspecto, já se fez menção a manifestações de Ministros no sentido de que não estariam antecipando sua posição favorável a outras hipóteses de interrupção da gravidez.

A consideração – também veiculada por Jörg Neuner - de que o feto com anencefalia, em percentual significativo dos casos, nasce com vida e poderá viver pelo menos alguns instantes, além de não se tratar propriamente de um ser humano desprovido completamente de cérebro e de vida cerebral, podendo mesmo apresentar reações corporais e manifestações de dor, coloca em pauta o fato de que em não ocorrendo a interrupção da gravidez, o bebê nascido com anencefalia será titular de direitos e obrigações, podendo herdar e mesmo sendo o caso de registrar o seu nascimento, adquirindo, portanto, personalidade jurídica. Por outro lado, resulta claro que também as circunstâncias narradas por Neuner não afastam, por si só, a legitimidade constitucional da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, pois, como apontado na decisão do STF, a própria legislação penal autoriza o abortamento de fetos saudáveis em determinadas hipóteses, de tal sorte que o pondo nodal da discussão se centra, convém enfatizar, na consistência constitucional da justificativa para o aborto.

Independentemente de qual venha a ser a posição adotada pelo STF, que ainda não se pronunciou de modo conclusivo sobre o tema do aborto em geral, entendemos ser difícil sustentar (ou, pelo menos, difícil de ser introduzido a curto e mesmo médio prazo), no caso brasileiro, a existência de um direito fundamental ao aborto, no sentido da adoção de uma “solução dos prazos”, o que, por sua vez, não significa inexoravelmente que a prática do aborto deva ser sancionada na esfera criminal. Mesmo para quem entende que existe um direito ao aborto, é preciso considerar que no plano da colisão da liberdade individual da mulher com outros direitos e/ou bens jurídico-constitucionais, notadamente a vida do nascituro, tal direito não se revela absoluto. Em qualquer caso, a descriminalização da interrupção da gravidez deverá guardar sintonia com os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive no que diz respeito a uma proibição de proteção insuficiente da vida humana, ainda mais quando a capacidade de autoproteção é inexistente, de modo que a supressão da proteção pela via do direito penal deve ser compensada de algum modo (com alguma eficácia) por outro tipo de medidas de proteção, que tenham por escopo a redução tanto dos casos de interrupção de gravidez quanto de seus riscos colaterais, inclusive para as mulheres que decidem pelo aborto, tal como se deu na Alemanha.

Por derradeiro, sem que se pretenda aqui aprofundar o debate, verifica-se que nem mesmo a decisão tomada pelo STF no caso da interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal, embora não tenha tido o condão de resolver em definitivo o debate, visto que se trata de situação peculiar, que não implica a descriminalização de toda e qualquer hipótese de interrupção da gravidez voluntária no Brasil, agregou elementos adicionais e relevantes, ao debate²⁷, seja qual for a direção que venha a ser trilhada na esfera da legislação, doutrina e jurisprudência. Além disso, os problemas relacionados ao regime jurídico-constitucional do direito fundamental à vida no Brasil estão, como se verifica também em outras ordens jurídicas, em pleno processo de amadurecimento, inclusive do ponto de vista dogmático. A prática decisória do STF revela, a despeito dos julgamentos aqui referidos e discutidos, que muitos aspectos ainda pendem de manifestação da nossa Corte Constitucional, inclusive a celeuma acerca da legitimidade constitucional da eutanásia, ainda mais quando tal tema assume lugar de destaque na agenda do Conselho Federal de Medicina e foi objeto de inserção no projeto de reforma da legislação penal, ora em andamento. Mas também a relação do direito à vida com outros direitos fundamentais, a extensão dos deveres de proteção estatais nessa seara, assim como a própria titularidade do direito à vida seguem aguardando manifestação do STF, de tal sorte que não deverão faltar oportunidades para revisitar o tema.

>> NOTAS

- ¹ Cf. Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, München: C.H. Beck, 2010, p. 167.
- ² Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 1, 6ª ed., München: Verlag Franz Vahlen, 2010, p. 255.
- ³ Cf. Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, Op. Cit., p. 167.
- ⁴ Cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 223.
- ⁵ Cf. André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 543
- ⁶ Cf. BVerfGE 39, p. 42.
- ⁷ Cf. Luis Maria Diez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2005, p. 215.
- ⁸ Cf., por todos, Michael Kloepfer, "Vida e Dignidade da Pessoa Humana", *In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 171 e ss.
- ⁹ Cf. Hans-Detlef Horn, "Allgemeines Freiheitsrecht, Recht auf Leben u.a.", *In: Klaus Stern, Florian Beckerm (Coord.), Grundrechte Kommentar*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, p. 181.
- ¹⁰ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 159 e ss.
- ¹¹ Cf., por todos, Helmuth Schulze-Fielitz, "Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG)", *In: Horst Dreier (Ed.), Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 210-11.
- ¹² Sobre o tópico, v., dentre outros, a síntese de Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 141 e ss., bem como as lições (ainda que em parte divergentes do primeiro autor citado e por isso relevantes também como contraponto) de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 111 e ss.
- ¹³ Cf., em caráter ilustrativo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 151 e ss.
- ¹⁴ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 263.
- ¹⁵ Cf., dentre tantas, especialmente, a decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJU em 24.11.2000, bem como, mais recentemente, a decisão na STA nº 175/CE, julgada em março de 2010, Rel. Min. Gilmar Mendes.
- ¹⁶ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 263-64.
- ¹⁷ Para o caso brasileiro, v. o art. 91 do Estatuto do Estrangeiro, lei 6.815/80 e reiterada jurisprudência do STF nesse sentido. Na doutrina, v., por todos, Gilmar Ferreira Mendes, "Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo", *In: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo G. Branco, Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 565 e ss
- ¹⁸ Cf. Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 264-65.
- ¹⁹ Cf., por todos, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 289.
- ²⁰ Sobre o tema da titularidade, seguindo uma linha inclusiva, remetemos também a Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 209 e ss. Adotando entendimento mais restritivo (embora sem deixar de criticar a fórmula adotada no texto constitucional) v. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 72 e ss.
- ²¹ Cf. Helmuth Schulze-Fielitz, cit., p. 212-13;
- ²² Cf. o famoso caso *Roe vs. Wade*, julgado em 1973, onde se entendeu que o direito à privacidade abrange a liberdade da mulher de decidir sobre a continuação da gravidez nos primeiros três meses de gestação, ao passo que no segundo trimestre, embora ainda cabível o aborto por decisão da gestante, o Estado poderia regulamentar o exercício do direito objetivando a

proteção da saúde da própria gestante. A respeito da discussão sobre o aborto nos EUA v. por todos Ronald Dworkin, *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson L. Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³ No que diz com a descriminalização do aborto na Alemanha houve três importantes momentos na esfera legislativa, submetidos ao crivo do Tribunal Constitucional Federal (destaque para as decisões Aborto I e II, de 1975 e 1993, respectivamente) e que acabaram conduzindo a uma progressiva descriminalização, muito embora a legalização generalizada e o reconhecimento de um direito fundamental ao abortamento não tenham sido chanceladas pelo Tribunal. Especialmente a decisão conhecida como Aborto II.

²⁴ Cf. Paulo Mota Pinto, “Breves considerações a propósito da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia”, p. 2 e ss. (texto disponibilizado pelo autor e aguardando publicação).

²⁵ Cf., nesse sentido, as ponderações de José Roberto Goldim, “Bioética, Anencefalia e o Início da Vida e do Viver”, p. 6 e ss. (texto disponibilizado pelo autor e aguardando publicação).

²⁶ Cf. Jörg Neuner, “Da capacidade jurídica das pessoas naturais”, *In: Direitos Fundamentais & Justiça* n. 21, set-dez. 2012.

²⁷ Sobre tal discussão, v., por todos, Daniel Sarmento, “Legalização do aborto e Constituição”, *In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (Coord.), Nos Limites da Vida. Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 23 e ss.

RESENHAS
// BOOK REVIEWS

RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (2013).
COMO DECIDEM AS CORTES? PARA UMA
CRÍTICA DO DIREITO (BRASILEIRO).
RIO DE JANEIRO: FGV.

// RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (2013).
[*HOW DO COURTS DECIDE?*]
RIO DE JANEIRO: FGV.

Matheus Barra

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

Graduando em Direito na Universidade de Brasília, Brasil. // *Law student at Universidade de Brasília, Brazil.*

O livro inicia-se com o tema da frequente crítica ao direito brasileiro: que ele inexistente. Que há apenas uma expressão do poder daqueles em posição de autoridade e não um sistema legal racional e com base em algum modelo deontológico pré-definido em debates teóricos. Faz-se uma breve retrospectiva da história do direito brasileiro, as influências externas sofridas e seus processos de evolução que culminaram no que se vê hoje na prática jurídica nacional. O autor explica como as dinâmicas de poder entre os grupos dominantes evidenciam a existência de um direito brasileiro. Rodríguez, assim, evidencia a irracionalidade da expressão “não existe direito no Brasil” em sua acepção mais literal. Numa acepção mais abrangente, não se pode falar que direito é uma ou outra coisa. O autor ressalta que tal ideia varia em função do tempo e não se pode julgar o direito brasileiro com base em um referencial europeu. O que se deve fazer é analisar o direito que de fato se formou no Brasil, com suas peculiaridades. Com subsequentes elocubrações a respeito da formação, instituições, rupturas e estruturas do direito brasileiro, o autor apresenta-se com um ponto de vista otimista sobre a situação, apresentando indícios do que ele chama de “novo padrão de reprodução institucional” que se desenvolve no Brasil.

Na sequência, José Rodrigo Rodríguez apresenta resultados de pesquisas sobre o modo de argumentar e decidir nas cortes brasileiras, com destaque ao modo argumentativo dominante e suas consequências, além do que se evidencia sobre o jeito de se pensar em nosso ordenamento jurídico com base nos referidos resultados. Apresenta, então, duas ideias que são de fundamental importância para a compreensão de seus posicionamentos. As ideias de *modelo de racionalidade jurídica* e *zonas de autarquia*, respectivamente o “conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto” (p. 65) e “espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer” (p. 69), são o ponto de partida. Tem-se a ideia de que no Brasil há um sistema legal *opinativo* e com base em *argumentos de autoridade*. A argumentação, conforme os exemplos apresentados no livro, não são para convencer e achar a melhor decisão, mas para apresentar uma que é a certa com base em doutrina e jurisprudência. Não há, portanto, nenhuma limitação com base em ônus argumentativo para as defesas dos promotores e advogados. Conforme o autor, “seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário” (p. 73). Não há exigência de uma argumentação que leve em conta um determinado padrão de raciocínio para definir o que é melhor. Rodríguez traça um perfil das decisões judiciais e de suas justificações: opiniões pessoais, geralmente. Merece destaque uma ressalva que o autor faz: decisões fundadas em argumentos de autoridade não são sinônimos de decisões autoritárias. É perfeitamente possível a coexistência entre modelos participativos e argumentos de autoridade, expressa em figuras como *amici curiae*, por exemplo. A fundamentação acaba sendo o porquê do convencimento do juiz por este ou aquele resultado. A legitimidade da decisão, por não basear-se em uma racionalidade na fundamentação, acaba por calcar-se no Judiciário como instituição, com uma aumentada importância do *ethos* dos tribunais. As análises do

autor são contundentes, evidenciando incongruências internas nos votos dos ministros, o que corrobora a ideia de *justiça opinativa* apresentada pelo autor. Não se trata de criticar o direito brasileiro com base em algum modelo deontológico externo, insuficientes para a realidade nacional, e sim explicá-lo e apresentar possibilidades para pensar nosso modelo de racionalidade judicial e como (se for o caso) modificá-lo.

Em seguida, trata o autor da questão do formalismo jurídico, destacando a relação deste com concepções de separação de poderes. As visões formalistas, conforme exposto, dependem de pressupostos institucionais, intimamente ligados com a visão da relação entre formalismo e legalismo. Segundo o autor, uma visão clássica da separação dos poderes, com a atividade jurisdicional restrita à aplicação lógico-formal das normas e códigos e atividade legislativa como detendo o monopólio da criação legislativa, levam a uma ideia mais formalista, com a percepção de que, ao criar exceções ou interpretar amplamente as normas, os juízes interferem indevidamente numa atividade que não deveria ser de sua competência, é a predominante no senso comum e conduz a um pensamento formalista. Todavia, Rodriguez apresenta raciocínios e comparações que evidenciam que esta visão ultrapassada e impraticável. Tanto normas gerais e abertas quanto excesso de normas fechadas não resolvem o suposto “problema” apresentado pelos formalistas. Há, entretanto, uma certa resistência de ideias formalistas no direito brasileiro, tanto por parte do corpo de juristas quanto da sociedade civil. No final do capítulo 3, são apresentadas algumas conjecturas sobre os possíveis motivos que levariam a tal fato. Os raciocínios desenvolvidos são convincentes e apresentam hipóteses válidas para explicar a persistência das ideias formalistas.

A continuidade do livro se dá abordando desenhos institucionais e modelos de racionalidade judicial. O controle das decisões, conforme Rodriguez, ocorreria por meio de *constrangimentos institucionais*, o que ele chama de “a forma de controle que não se preocupa diretamente com a maneira pela qual o juiz constrói ou justifica sua sentença, mas sim com o efeito do desenho institucional sobre os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário” (p. 151). Estes constrangimentos, assim, deveriam ser originários de um debate público racional e orientariam a estrutura do Judiciário, no intuito de “formá-lo”. Rodriguez, então, apresenta possíveis alternativas e modos de orientar e estruturar o Judiciário, colocando constrangimentos institucionais desejáveis. Os modelos de racionalidade jurídica que o autor propõe têm base em Kelsen e a ideia de pluralidade de decisões possíveis: homogeneizar os padrões de justificação, o que poderia ser feito de diversos modos. No entanto, o autor não tem pretensão de validade absoluta do modelo que apresenta: coloca-o apenas como uma possibilidade, tendo consciência que existe uma disputa entre diversos modelos no cenário jurídico brasileiro. Ao final, o intuito tanto dos constrangimentos quanto do modelo apresentado, o ponto de intersecção, seria eliminar as zonas de autarquias.

Na esteira destes raciocínios, seguem-se conjecturas e abordagens sobre o modo como o Judiciário brasileiro se construiu pós-88. O autor coloca que não cabe partir de uma concepção deontológica prévia sobre

como deve se estruturar a separação dos poderes, e sim observar como ela vai se construindo em face das participações sociais e dos princípios de independência e harmonia. Por fim, chega-se à questão da segurança jurídica. Como resguardá-la num contexto jurídico tão complexo, como o brasileiro? Com poucas normas abertas e gerais ou muitas normas fechadas e específicas? Segundo o autor, deveria-se tomar situações padronizáveis ou não padronizáveis como referência. No primeiro caso, normas fechadas e que imponham ônus argumentativo ao intérprete, obrigando-o a se ater a elas na eventualidade de estabelecer exceções. No segundo caso, textos abertos: ao obrigar a construção de argumentações, com o tempo formariam-se argumentações relativamente coerentes e congruentes, na forma de jurisprudência. De qualquer modo, Rodriguez defende que se abandone o textualismo: não seria mais que uma ilusão de segurança jurídica.

CRISTI, RENATO; RUIZ-TAGLE, PABLO (2014). *EL CONSTITUCIONALISMO DEL MIEDO. PROPIEDAD, BIEN COMÚN Y PODER CONSTITUYENTE. SANTIAGO DE CHILE: LOM EDITORIAL.* // CRISTI, RENATO; RUIZ-TAGLE, PABLO (2014). [CONSTITUTIONALISM OF FEAR: PROPERTY, COMMON GOOD AND CONSTITUENT POWER]. SANTIAGO DE CHILE: LOM EDITORIAL.

Nathaly Mancilla Órdenes

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

Licenciada em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidad de Chile.
Mestranda em Estado Direito e Constituição, UnB. // Graduate in Law,
Universidad de Chile. Master Candidate in Law at Universidade de
Brasília.

A Constituição chilena vem sendo, há um tempo, objeto das mais diversas análises. As que vão desde testes de legitimidade (tanto acerca de sua origem como de seu exercício), transitando por reconstruções históricas do seu nascimento, até observações de caráter jurídico-político que mostram a desconformidade existente a respeito da carta fundamental, se referindo –principalmente– à existência de normas impossíveis de serem processadas num contexto democrático.

Com um arcabouço teórico construído a partir de um instigante exame do livro “O Liberalismo do Medo”, da autora norte-americana Judith Shklar, a mais recente obra dos autores chilenos Pablo Ruiz-Tagle e Renato Cristi apresenta com delicada novidade uma observação de caráter estrutural que, com o conceito de medo como fio condutor, procura explicar, mediante a lógica (e a forma) sob a qual a propriedade foi concebida e instituída pelo novo constituinte, a necessidade não só de um Golpe de Estado que produzisse as condições de possibilidade que permitissem a elaboração de uma nova institucionalidade, mas também de uma Constituição que, não obstante sendo alvo de numerosas reformas, não conseguisse descolar-se de seu autoritarismo.

Na primeira parte, intitulada *propriedade, república e igreja católica*, expõem-se os fundamentos histórico-políticos da propriedade num sentido republicano, nas palavras dos autores: “trata-se de expor uma linha particular de argumentação e raciocínio a respeito da propriedade no contexto do constitucionalismo contemporâneo de raiz democrática”(p. 22). Da mesma forma –no segundo ensaio– por meio de uma impecável reconstrução histórica e revisão de declarações públicas da época, feitas por Jaime Guzmán, indicado como o principal artífice da Constituição de 1980, argui-se que a legitimidade democrática da Constituição de 1925 é abertamente incompatível com a argumentação que emana do gremialismo¹ que tenta legitimar o golpe de estado de 1973. O ponto de enlace entre a propriedade e o constitucionalismo do medo revela-se aqui, já que Guzmán (p.14) tem receio da legitimidade democrática observando nela a fonte do estatismo, grave obstáculo para o exercício irrestrito do direito de propriedade privada.

Com o objetivo de mostrar essa ligação, Ruiz-Tagle e Cristi partem da contextualização da obra de Shklar, quem, com base iminentemente *lockeana*, argumenta que a propriedade é “uma indispensável e excelente forma de delimitar o longo braço do Estado... e de assegurar a independência dos indivíduos” (p.10), pondo o constitucionalismo a serviço da propriedade, e transformando-o no constitucionalismo do medo (p.13). Trazem uma analogia entre a Shay's Rebellion (p.14) (e a crise social que dela derivou-se), e a situação gerada no Chile com o início da reforma agrária. Os autores conseguem ilustrar como o processo iniciado pelo Presidente Alessandri, no ano de 1963, gerara as condições necessárias para a gestação da atual estrutura constitucional chilena. De fato, conjuntamente à promulgação da lei de reforma agrária, Alessandri tentou uma reforma que permitiria reforçar o poder presidencial e “modificar a composição do parlamento e limitar o rol que tem os partidos políticos. O Senado, de acordo com um critério de representação corporativa,

iria incluir membros não eleitos popularmente, mas sim designados por instâncias políticas, judiciais, universitárias e gremiais” (p.16). No entanto, o projeto de concentração do poder presidencial fracassou e a reforma agrária continuou seu caminho, acentuando-se ainda mais no governo de Eduardo Frei, quem, além disso, ampliaria as instâncias de participação democrática.

De acordo com a pesquisa dos autores, Jaime Guzmán reagiria publicando um artigo em 1969, na revista “Portada”, intitulado: “O medo, sintoma da realidade político-social chilena”, em que aponta como as mais variadas atividades nacionais estavam sendo invadidas e controladas de forma progressiva pelo Estado (p.85).

Com a chegada do ano de 1970 e a derrota de Alessandri e a conseguinte vitória de Allende, Guzmán convence-se de que é impossível lograr uma nova institucionalidade dentro do marco da lei, que permita a proteção da propriedade nos termos que ele a concebia. Dessa vez as declarações – agora na revista PEC – são mais diretas, referindo-se ao constitucionalismo democrático como: “o antídoto fatal para a guerra cívica e ideológica que é nosso dever travar contra a Unidad Popular.”

Na opinião dos autores, a razão de fundo que vem a explicar o medo que tinha Guzmán da democracia definida pela Constituição de 1925 é que mostrou-se incapaz de frear a constitucionalização da função social da propriedade, medo que se agudizaria com a chegada das expropriações.

Na segunda e terceira partes, os autores aprofundam no pensamento político de Jaime Guzmán, algo que de certa forma foi feito numa obra anterior de ambos intitulada “La República en Chile” e em outro livro de Renato Cristi que constitui uma arqueologia do pensamento do artífice da atual Constituição chilena, “El Pensamiento Político de Jaime Guzmán”.

Aqui os autores desenvolvem a evolução e contradição do pensamento de Guzmán, que toma as ideias do jurista alemão Carl Schmitt (p.24), do principio monárquico – de muita influência na Argentina e na Espanha – e de que não só o povo pode ser sujeito do poder constituinte, pra justificar a criação de uma nova ordem institucional mediante a argumentação de que, uma vez destruída a Constituição de 1925, o poder constituinte radicava-se na Junta de Governo para ditar uma nova carta fundamental, que não só assegurasse a propriedade, de modo tal que o medo de sua perda não fosse tematizado socialmente, mas também que assegurasse a criação de uma retórica do medo que deu origem à violência e clandestinidade.

Embora a análise sobre a conexão existente entre a propriedade no seu sentido clássico, os movimentos sociais e doutrinas que se articulam em torno dela, e a importância que tem tido historicamente sua proteção no desenvolvimento do constitucionalismo, os autores aventuram-se em uma conceptualização republicana – como planteia Nedelsky – dessa propriedade, de modo que seja mais coerente com a perspectiva democrática.

Por fim, não obstante a excelente pesquisa, restam alguns pontos problemáticos a considerar, como as condições estruturais que fizeram possível a seleção de certas comunicações no processo que finalmente terminou no golpe de Estado do ano 1973, anteriores àquela reforma

agrária, e as semânticas que vinham se desenvolvendo não só no nível local mas também mundial. Assim, mostra-se insuficiente o fato de centrar a construção da Constituição na relevância de um político só, em condições em que o poder não era processado por meio de legitimidade alguma e parecia impossível de referenciar comunicação qualquer –pelo menos depois do golpe– na figura de alguém que não fosse Pinochet.

>> NOTAS

- ¹ O Gremialismo corresponde ao pensamento político-social de caráter liberal-conservador, nascido no Chile a partir da doutrina social da igreja, e do qual Jaime Guzmán, inspirado nas ideias de Osvaldo Lira, foi o principal ideólogo. Sobre o assunto pode-se ver: CRISTI, Renato. *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán*. Santiago de Chile, LOM Editores (2011).

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.2 (jul./dez. 2014) –
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

